Die Verpflichtung des Gläubigers zur Rückgabe des Schuldscheines.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität Breslau

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Erich Loewe,
Referendar.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Breslau
Buchdruckerei H. Fleischmann
1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Otto Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0130

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 7
§ 1. Uebersicht über die Streitfragen 7

Erster Abschnitt.
Die Rechtslage des Schuldscheines bis zum Eintritte des Zeitpunktes der Verpflichtung des Gläubigers.

§ 2. Eigentum am Schuldschein während Bestehens des Schuldverhältnisses 9
§ 3. „Erfüllung“ und „Schuldschein“ 13

Zweiter Abschnitt.
Das dingliche Recht auf Rückgabe des Schuldscheines.

§ 4. Charakter des Anspruches 15
§ 5. Grundsatz 16
§ 6. Ausnahmen 22

Dritter Abschnitt.
Das persönliche Recht auf Rückgabe des Schuldscheines.

1. Der Anspruch aus der Sondervorschrift des § 371 B.G.B. . 27
§ 7 a) Grundlage 27
§ 8 b) Einfluss der Unmöglichkeit der Rückgabe und der Ausstellung eines Mortifikationsscheines 32
α) die Beweislast 32
§ 9 a) Auf § 371 S. 2 gestützte Weigerung des Gläubigers zur Herausgabe des Schuldscheines 38
aa) Charakter der Einrede 38
§ 10. bb) Die Einrede im Lichte der verschiedenen Theorien . 44
§ 11. cc) Eigene Ansicht 50
§ 12. 2. Ansprüche auf Rückgabe des Schuldscheines wegen ungerechtfertigter Bereicherung 57
Ergebnis 60
§ 13. Die Ergebnisse der angestellten Untersuchungen 60

Einleitung.

§ 1.

Uebersicht über die Streitfragen.

Will man erkennen, nach welchen Gesichtspunkten die Frage nach der Verpflichtung des Gläubigers zur Rückgabe des Schuldscheines behandelt werden muss, so dürfte es am Zweckmässigsten sein, von dem Normalfalle des täglichen Lebens auszugehen: A ist Schuldner des B, über das Schuldverhältnis besteht ein Schuldschein. A tilgt die Schuld und verlangt gleichzeitig den Schuldschein zurück. Bei seinem Verlangen stützt er sich auf § 371, S. 1 B.G.B., welcher bestimmt: „Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen."

Als erste, aber auch als wichtigste Frage drängt sich die nach dem Rechtsgrunde des Anspruches aus § 371 S. 1 B.G.B. auf. Denn fraglich ist die ganze Rechtslage des Schuldscheines nach getilgter Schuld. In wessen Eigentum steht er? Muss ihn B zurückgeben, weil im Augenblicke der Tilgung der Schuld A Eigentümer des Scheines geworden ist, mithin mit einer etwaigen Klage auf Rückgabe nur einen dinglichen Anspruch verfolgt — oder aber: muss ihn B zurückgeben, nur weil ihn das Gesetz verpflichtet, nach Tilgung der Schuld das Eigentum an dem Schuldscheine dem ehemaligen Schuldner zu verschaffen, weil also A einen obligatorischen Anspruch auf Uebertragung des Eigentums an dem Schuldscheine seitens des B hat? Im Anschluss an

die Beantwortung dieser Fragen wird dann die Art und Weise der Geltendmachung des schuldnerischen Anspruchs zu erörtern sein.

Umfangreicher wird sich die Prüfung der Frage gestalten, ob den Ansprüchen des Schuldners eine Einrede des Gläubigers entgegengesetzt werden kann. Dabei ist nur an eine Spezialeinrede gegenüber dem Anspruche des Schuldners auf Rückgabe des Schuldscheines gedacht, welche sich aus dem zweiten Satze des § 371 B.G.B. ergibt, der lautet: Behauptet der Gläubiger zur Rückgabe ausser Stande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnisverlangen, dass die Schuld erloschen sei.“ Diese Erörterungen kommen dann in Betracht, wenn zunächst ein derartiges Anerkenntnis ausgestellt war, ein sogen. Mortifikationsschein [1]), und später der verschwundene Schuldschein wieder zum Vorschein kam. Hierbei entsteht wiederum die Vorfrage, ob der Schuldner — um nur vorläufig die beiden wichtigsten in der Literatur vertretenen Ansichten zu nennen — sich mit der blossen Behauptung des Gläubigers begnügen muss, ihm sei die Rückgabe unmöglich [2]), oder aber, ob er einen Nachweis von dem Gläubiger verlangen kann, dass diese Behauptung der Wahrheit entspreche [3]). Namentlich die Frage nach dem Verhältnisse zwischen Mortifikationsschein und Schuldschein ist in der Literatur bisher recht stiefmütterlich behandelt worden, dabei ist sie in gleichem Umfange praktisch, mag

---

[1]) Auch „Todbrief“ genannt; vgl. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte 1901, S. 181.

[2]) So vor allem die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des B.G.B. cf. Protokolle Bd. I Bem. zu § 271 d. Entw. S. 341.

[3]) So die herrschende Ansicht. cf. Planck Bürgerliches Gesetzbuch 3. Aufl. 1906/07, Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse 1900, Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 3/4. Aufl. 1910 Bem. 2 zu § 371; Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, 8. Aufl. 1902. Bd. I § 141 Anm. 23; Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts 1902, S. 241 Anm 15; Hedemann, das Recht auf Rückgabe eines Schuldscheines. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechtes. Bd. 48. 1904, S. 85/86.

man nun das Recht auf Rückgabe eines Schuldscheines als dingliches oder als obligatorisches ansehen.

Bevor zu diesen in der Aufgabe enthaltenen Hauptfragen übergegangen wird, müssen jedoch im folgenden erst noch zwei andere, freilich schon den Kern der Arbeit berührende Punkte erörtert werden, nämlich, wie es bei Bestehen des Schuldverhältnisses mit dem Eigentum am Schuldscheine bestellt ist, und ferner, wie die Begriffe „Erfüllung“ und „Schuldschein“ im Sinne des § 371 B.G.B. aufzufassen sind.

I. Abschnitt

Die Rechtslage des Schuldscheines bis zum Eintritte des Zeitpunktes der Verpflichtung des Gläubigers.

§ 2.

Eigentum am Schuldschein während Bestehens des Schuldverhältnisses.

Nach § 952 B.G.B. steht während des Bestehens des Schuldverhältnisses dem Gläubiger das Eigentum an dem Schuldscheine zu. Freilich wird fast allseitig anerkannt, dass dieses auf Gesetz beruhende Eigentumsrecht durch Parteivereinbarung ausgeschlossen und auf den Schuldner übertragen werden kann [1]). Für die vorliegende Arbeit ist dieser

---

[1]) Diese „Dispositivität“ von § 952 wird von Endemann (a.a.O. Bd. II, S. 546) unter Hinweis auf den Zusammenhang von § 952 mit § 946 in nicht sehr überzeugender Weise bestritten. Die richtige Ansicht findet sich in den Materialien (Prot. Bd. III, S. 546), der Rechtsprechung (RG. LI, 85; d. J. Z 02, 241; Mugdan u. Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts O.L.G. Dresden Bd. IV, S. 337) und bei den massgebenden Rechtslehrern (Fischer in Fischer-Henle Bürgerliches Gesetzbuch 9. Aufl. 1912, Anm. 2 zu 952; Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5/6. Aufl. 1910 Bd III, S. 386; Planck a.a.O Bd. III, S. 257; Dernburg, das Bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens 4. Aufl. 1909, Bd. III, S. 371; Crome a.a.O. Bd. III, S. 364 Anm. 25 u. a).

schon an sich seltene Fall belanglos, weil es selbstverständlich ist, dass sich in einem derartigen Falle die Verpflichtung des den Schuldschein etwa trotzdem besitzenden Gläubigers aus der Herausgabeverpflichtung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer (§ 985 f. B.G.B.) ergibt.

Die gesamte Literatur steht nun auf dem Standpunkte, dass das dem Gläubiger von Gesetzes wegen an dem Schuldschein zur Zeit des Bestehens des Schuldverhältnisses zustehende Eigentum rechtlich unbeschränkt ist. Ohne weiteres wird dem Gläubiger das Recht zuerkannt, den Schein, solange er ihm gehört, zu vernichten oder ihn auch auf einen Dritten nach sachenrechtlichen Grundsätzen zu übertragen.

Kann man dem unbedingt zustimmen? Kann man, obwohl es doch feststeht, dass der Gläubiger gemäss der Bestimmung des § 371, S. 1 B.G.B verpflichtet ist, nach empfangener Zahlung den Schuldschein zurückzugeben, wirklich sagen, dass er zur Zeit des Bestehens des Schuldverhältnisses mit dem Scheine schalten und walten konnte, wie es ihm gefiel? Für diese Frage macht es keinen Unterschied aus, ob man den Rückgabeanspruch des Schuldners als dinglich oder als obligatorisch ansieht. Der den Schuldschein vernichtende Gläubiger würde eben in dem einen Falle ein dingliches, in dem anderen ein obligatorisches Recht verletzen.

Man wird schuldhafte und nichtschuldhafte Verletzung zu unterscheiden haben. Bei der nicht schuldhaften wird der Gläubiger nicht, wie man vermuten könnte, von der Leistung frei, sondern kraft Gesetzes verwandelt sich seine nicht mehr erfüllbare Verpflichtung zur Rückgabe des Schuldscheines in eine solche zur Ausstellung des Mortifikationsscheines. Nun ist aber zuzugeben, dass wenn der Gläubiger „schuldhafterweise“ auch vorsätzlich, solange er noch Eigentümer des Scheines ist, das Eigentum an diesem einem Dritten überträgt oder ihn vernichtet, dem Schuldner deshalb in den meisten Fällen kein Schaden erwachsen kann, weil er stets das Recht auf Ausstellung des Mortifikationsscheines behält.

Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen der Schuldner den Schuldschein und nur den Schuldschein, wiederhaben wollte. Man sehe ganz ab von dem Fall, dass der Schuldschein einen Sachwert hatte[1]). Der Schuldner kann z. B. des Schuldscheines bedürfen, um nachweisen zu können, dass er gerade am 1. Januar 1902 mittellos war und an diesem Tage ein Darlehn aufnehmen musste. Er kann einen anderen Beweis nicht erbringen, der Mortifikationsschein nützt ihm dazu nichts[2]).

Die Frage kann nur gelöst werden in Verbindung mit der Prüfung des Verhältnisses zwischen Schuldschein und Mertifikationsschein. Nimmt man nämlich an, dass die Ausstellung des Mortifikationsscheines für den Schuldner nur einen Notbehelf darstellt, insbesondere dass der Gläubiger, der den angeblich abhanden gekommenen Schuldschein wiederfindet, auch verpflichtet ist, diesen trotz vorheriger Ausstellung des Mortifikationsscheines herauszugeben, dann muss man sagen: Der Gläubiger der Geldschuld darf den Schuldschein selbst während der Zeit, in der ihm das Eigentum an demselben zusteht, nicht schuldhafter Weise vernichten. Denn es ist für den Schuldner nicht gleichbedeutend, ob er den Mortifikationsschein ausgestellt oder den Schuldschein zurückerhält. Die Vernichtung des Schuldscheines wäre freilich nach § 823 B.G.B. nicht zu vertreten, da durch die Vernichtung nur ein obligatorischer Anspruch verletzt wird (sie würde insofern also höchstens als Verstoss gegen eine lex imperfecta zu bezeichnen sein), würde aber wenigstens in krass liegenden Fällen nach § 826 B.G.B. zum Schadensersatz verpflichten.

---

[1]) Das Schuldversprechen befand sich z. B. auf einem Stück wertvollen Stoffes.

[2]) Eine Abschweifung: Im vorliegenden Falle wird der Begriff „schuldhafte Verletzung“ oft sehr vage Grenzen haben. Zweckentsprechender dürfte es sein, hier mit einem im allgemeinen freilich im Strafrecht gebräuchlichen Begriffe zu operieren, indem man sagt: In Betracht kommt nur eine von dem Gläubiger zur Zeit des Bestehens des Schuldverhältnisses im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit vorgenommene Verletzung des schuldnerischen Anspruches auf Rückgabe des Schuldscheines.

Sieht man dagegen den Mortifikationsschein als vollwertigen Ersatz für den nicht wiedergegebenen Schuldschein an, so muss man folgern, dass der Gläubiger mit diesem, solange er Eigentümer desselben war, schalten und walten konnte, wie es ihm gefiel.

Schliesslich ist noch ein Drittes möglich: Wenn sich ergeben sollte — Verfasser steht auf diesem Standpunkte — dass zwar in den meisten Fällen die Ausstellung des Mortifikationsscheines die Rückgabe des Schuldscheines ersetzt, dass dies aber in denjenigen Fällen nicht zutrifft, in denen der Schuldner ein schutzwürdiges, rechtliches Interesse an der Rückgabe des Schuldscheines nachweist, dann kann man hier nur zu folgendem Ergebnis kommen: Das Eigentum des Gläubigers am Schuldscheine ist während des Bestehens des Schuldverhältnisses in den meisten Fällen ein unbeschränktes. Es ist jedoch ein mit der Verpflichtung zur Rückgabe des Schuldscheines nach Tilgung der Schuld belastetes in denjenigen Fällen, in denen der Schuldner den Nachweis eines besonderen rechtlichen und schutzwürdigen Interesses an der Rückgabe des Schuldscheines erbringt. Dieses Nachweises ist er, so wird man hinzusetzen dürfen, überhoben, wenn der Schuldner von diesem Interesse Kenntnis gehabt hat oder die Umstände des Falles dafür sprachen (so bei dem oben erwähnten Falle des beschriebenen kostbaren Stoffes).

Die Frage ist in der Literatur nur von Jakobi[1]) gestreift, der auf demselben Standpunkte stehen dürfte. Er schliesst nämlich bei den Schuldscheinen, die Wertpapiercharakter haben, regelmässig das Recht des Gläubigers aus, einfach behaupten zu können, er sei zur Rückgabe nicht im

---

[1]) Die erwähnten Stellen finden sich in seinem Werke „die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht des deutschen Reiches“ 1901. Als Beispiel wählt er Rektapapiere, u. a. das Konossement (vgl. S. 75, 237 f. a. a. O.) Auch für die Versicherungspolice, die er nicht als Wertpapier im eigentlichen Sinne betrachtet, schliesst er die einfache „Behauptung“ des Gläubigers von der Unmöglichkeit der Rückgabe aus (vgl. S. 312 f. a. a. O.)

Stande und der Schuldner müsse sich mit Ausstellung des Mortifikationsscheines begnügen. So bestätigt er indirekt für eine Reihe von Ausnahmefällen die Ansicht des Verfassers, dass in diesen das Eigentum des Gläubigers am Schuldschein, ein mit der Verpflichtung zur Rückgabe belastetes ist. Trotzdem führt auch in diesen Fällen — darauf sei schon hier kurz hingewiesen — die Annahme, dass Tilgung der Schuld und Rückgabe des Schuldscheines zu einander etwa im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ständen zu einem Trugschluss.

§ 3.

„Erfüllung" und „Schuldschein".

Die Bestimmung des § 371 B.G.B. bildet den letzten Paragraphen des „Erfüllung" genannten ersten Titels des vom „Erlöschen der Schuldverhältnisse" handelnden dritten Abschnittes des zweiten Buches. Damit ist nun nicht etwa gesagt, dass diese nur in den beiden unter diesem Titel genannten Fällen: (eigentliche) „Erfüllung" und „Hingabe an Erfüllungsstatt" in Anwendung komme; vielmehr ist es ganz gleichgültig, wie das Schuldverhältnis erlischt, und es macht keinen Unterschied, ob es durch wirkliche Erfüllung, also etwa Zahlung, oder durch Hingabe an Erfüllungsstatt, Erlass, Aufrechnung, Konfusion oder wie sonst immer erloschen ist. Ja selbst dann wäre der Schuldschein zurückzugeben, wenn der Gläubiger nicht die Leistung empfangen hat, sie aber gegen sich gelten lassen muss, also z. B. wenn die Leistung an den Ueberbringer einer Quittung erfolgt wäre, dessen Nichtberechtigung zur Empfangnahme der Leistung der Schuldner nicht kannte (§ 370 B.G.B.), oder wenn der Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber leistete (§ 793 B.G.B.) Uebrigens würde der Schuldner in diesen Fällen oft sein Recht aus § 371 S. 1 deshalb nicht geltend machen können, weil er damit chikanös handelte, also gegen die Bestimmung des § 226 B.G.B. verstiesse.

Wichtiger erscheint es klarzustellen, welche Papiere in dem Sinne als „Schuldscheine“ anzusehen sind, dass sie der Rückgabeverpflichtung des § 371 B.G.B. unterfallen. Dass Jakobi Wertpapiere zu ihnen zählt, ist bereits erwähnt worden. In der Tat ist das Wort „Schuldschein“ in seiner weitesten Bedeutung zu gebrauchen. Man findet nun bereits eine — anscheinend — erschöpfende Aufzählung der wenn auch nicht im Sprach-, so doch im Rechtssinne als „Schuldscheine“ anzusehenden Papiere in der sich mit den Eigentumsrechten am Schuldschein beschäftigenden Spezialliteratur[1]). Man darf jedoch wohl folgendes sagen: Es hat wenig Zweck, eine Art geschlossene Reihe der etwa in Betracht kommenden Urkunden aufzustellen, da der moderne Verkehr und mit ihm Hand in Hand, die moderne Gesetzgebung unablässig am Werke sind, neue Urkunden zu schaffen, die als Schuldscheine im Sinne des § 371 B.G.B. anzusehen sind: man denke nur an Reichsbankanteilscheine, Gepäckscheine, weisse Schecks. Deshalb wird man sagen dürfen: Jedes Papier ist als Schuldschein im Sinne des § 371 B.G.B. anzusehen und unterliegt der entsprechenden Rückgabeverpflichtung an den Schuldner, wenn in dem Papiere sich der Schuldner zu einer Leistung bekennt, diese Leistung jedoch bereits in ordnungsmässiger Weise bewirkt hat. Hierbei ist es gleichgültig, ob das fragliche Schuldverhältnis bei Schaffung dieses Papieres schon bestand, das Papier also nur Beweiszwecken diente, oder ob das Schuldverhältnis erst durch Entstehung der Urkunde geschaffen wurde. Nicht gleichgültig freilich ist, wie bereits mehrfach erwähnt, der Charakter des Schuldscheines — im Hinblick auf den Absatz 2 des § 371 B.G.B. — für die Frage, ob ihn der Mortifikationsschein vollständig ersetzen kann oder nicht. Im folgenden wird, jedenfalls solange nur über die Rückgabeverpflichtung nach § 371 S. 1 B.G.B. gesprochen wird, meist von einem Darlehnsschuld-

---

[1]) vgl. Rauth, der Inhalt des § 952 des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. 1906 S. 8 ff. und Wellmann, der Schuldschein nach getilgter Schuld, Diss. 1909, S. 8 ff.

schein die Rede sein, weil dieser Fall den Typus darstellt. Im Prinzip würde die Erörterung beim Vorliegen der meisten anderen Schuldscheine die gleiche sein. Auf Ausnahmen wird besonders hingewiesen werden.

II. Abschnitt.

Das dingliche Recht auf Rückgabe des Schuldscheines.

§ 4.

Charakter des Anspruches.

Derjenige Schuldner, der nach Tilgung der Schuld die Rückforderung seines Schuldscheines auf dingliches Recht stützte, müsste etwa folgendes geltend machen: „Die Wirksamkeit der Bestimmung des § 952 B.G.B. (das gesetzliche Eigentumsrecht des Gläubigers) tritt mit Aufhebung des Schuldverhältnisses gleichsam automatisch ausser Kraft. Dann aber fällt das Eigentum an dem Schuldscheine von selbst auf den ehemaligen Schuldner zurück und dieser kann auf Grund Eigentumes die Rückgabe des Schuldscheines begehren".

So einig nun die Anhänger dieser Theorie über die Grundlage dieses Anspruches sind, so wenig einig sind sie sich über die nähere Ausgestaltung. Grundlage ist ihrer Ansicht nach das Eigentum, das an den Schuldner entweder zurückfällt, wenn er der Aussteller des Schuldscheines war, oder das ihm jedenfalls anfällt, wenn er ausnahmsweise etwa nicht Eigentümer des Schuldscheines war, bevor ihn der Gläubiger erwarb. In Rücksicht auf den Regelfall, in dem Schuldner und Aussteller dieselbe Person sind, ist die ganze Theorie hier „Rückfallstheorie" genannt im Gegensatz zu der anderen, der „Rückübertragungstheorie". Die Ungenauigkeit dieser Ausdrücke für den Fall, dass das mit Entstehung der Forderung — bezw. falls erst nach der Entstehung

geschaffen, mit der Ausstellung[1]) — in das Eigentum des Gläubigers fallende beschriebene Blatt Papier auch vorher nicht dem Schuldner gehörte, möge man ebenso entschuldigen wie die im Gesetze (§ 371) angewandte beim Worte „zurück"-zugeben[2]).

Ueber die nähere Begründung des Anspruches aber herrscht, wie gesagt, keine solche Einigkeit. Zwei Begründungen kommen in Frage: Der Eigentumsanspruch des § 985 und die besondere, von den Vertretern dieser Theorie als dinglich angesehene, Rückforderung nach des § 371 S. 1 B.G.B. Es würde aber nichts im Wege stehen, beide Begründungen nebeneinander heranzuziehen, da ein geltend gemachtes Begehren von jedem sich darbietenden Gesichtspunkte aus auf seine Rechtswirksamkeit zu prüfen ist.

§ 5.

Grundsatz.

Diejenigen beiden Schriftsteller, die am ausführlichsten die Gültigkeit der Rückfallstheorie zu begründen suchen, sind Rauth und Hedemann. Rauth stellt am Schlusse seiner Arbeit den Vorgang der verschiedenen Eigentumsentstehungs- oder Untergangsarten in Form einer durch zwei Endpunkte und durch einen Mittelpunkt bezeichneten geraden Linie dar.

U ——— F ——— T

Von U, dem Augenblick der Entstehung der Urkunde, bis F, dem Augenblicke der Entstehung der Forderung, stehe das Eigentum dem Urkundenaussteller, also im Normalfalle dem Darlehnsschuldner, zu. Von F bis T, dem Augenblicke der Tilgung der Schuld, gehöre die Urkunde ohne weiteres dem Gläubiger, und in T falle sie ebenso ohne weiteres an den Aussteller zurück, — wenn sie nämlich dem

---

[1]) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Reichsgerichtsräten 1910 Bem. zu § 371.

[2]) Diese Ungenauigkeit des Gesetzes rügt schon Hedemann, a. a. O. S. 71 Anm. 7.

Gläubiger noch gehöre, er sie also weder vernichtet, noch nach sachenrechtlichen Grundsätzen an einen Dritten veräussert habe. Ist aber der Schuldner Eigentümer, der Gläubiger Besitzer, so kann der Schuldner vindicieren.

Hedemann, der Hauptvertreter der Rückfalltheorie vermeidet den Ausdruck rei vindicatio, gibt vielmehr einen dinglichen Anspruch aus 371 S. 1, während Rauth[1]) weiter geht mit der keinen Zweifel zulassenden Erklärung: „Der deutsche Schuldner wird die Urkunde nach der Schuldtilgung mit der Eigentumsklage, der rei vindicatio, fordern, da er im Augenblick des Untergangs seiner Schuld sein Eigentum zurückerworben hat.“ Man braucht vielleicht in der Abweisung der Ansicht, dass § 371 S. 1 selbst einen dinglichen Anspruch gewähre, nicht so weit zu gehen wie Wellmann[2]), der die Unhaltbarkeit dieser Theorie schon daraus folgern will, dass eigentlich die ganze Bestimmung des § 371 S. 1 überflüssig wäre, da der Eigentumsanspruch des § 985 völlig ausreiche. Dem könnte man entgegenhalten, dass das Gesetz auch an anderen Stellen der Deutlichkeit wegen eine für den Juristen überflüssige Bemerkung macht, wie z. B. nach unserem Rechte, auch wenn es nicht besonders bemerkt wäre, schon aus allgemeinen sachenrechtlichen Gesichtspunkten gefolgert werden müsste, dass die Gefahr nach Verkauf einer beweglichen Sache erst mit der Uebergabe auf den Käufer übergehen kann. Ferner wäre zu berücksichtigen, dass die Deutlichkeit des § 371 S. 1 in dem Falle sehr erwünscht wäre, der zwar nicht die Regel, aber auch keine sehr seltene Ausnahme bildet, wenn nämlich der Schuldner nicht den Schuldschein selbst schrieb, sondern der Schein vom Gläubiger hergestellt und vom Schuldner nur unterschrieben wurde. In diesem Falle wird mit Recht allseitig anerkannt, dass der Schuldner auch vor entstehender Forderung nie Eigentum am Schuldscheine — etwa durch Beschreiben — erlangt hätte und es müsste für diesen Fall recht angebracht sein, das Recht des Schuldners durch eine der rei vindicatio allerdings

[1]) A. a. O. S. 70.
[2]) A. a. O. S. 49.

sehr ähnliche Spezialklage anzuerkennen, einen Fall, für welchen man die Rückfallstheorie besser Anfallstheorie nennen sollte. Im übrigen ist es nicht viel mehr als ein Streit um Worte, ob der Schuldner seinen dinglichen Anspruch aus § 985 B.G.B. oder aus § 371 S. 1 begründet, zumal, wie gesagt, die rechtliche Begründung, die der Kläger seinem Anspruche gibt, das Gericht für seinen Spruch absolut nicht bindet oder beschränkt. Das Prinzip und vor allem die Voraussetzungen sind die gleichen: das Eigentum des Schuldners am Schuldschein nach getilgter Schuld. Für Bestehen dieses Eigentums lassen sich an sich beachtenswerte Gründe anführen, aber verfehlt erscheint es anzunehmen, der Gesetzgeber habe wohl aus Gedankenlosigkeit einen dinglichen Anspruch in das Recht der Schuldverhältnisse gestellt, selbst wenn man keinen Anstand nimmt, die Materialien, die, wie weiter unten ausgeführt ist, sich für einen obligatorischen Anspruch entscheiden, als unmassgebliche Privatmeinung zu betrachten.

Hedemann[1]) z. B. begnügt sich mit Aufstellung der These: „Auf die Einstellung der betreffenden Regel (§ 371) ins Recht der Schuldverhältnisse ist entscheidendes Gewicht nicht zu legen", und will dies damit begründen, dass auch das Recht des Schuldners auf Rückgabe der hinterlegten Sache nach Ablauf von 30 Jahren und das Recht des Vermieters und Verleihers nach Beendigung des Miet- oder Leihverhältnisses ebenfalls einen gegen jeden Dritten wirkenden Anspruch gewährt, der also („relativ dinglich") wie man zugeben muss, mehr dingliche als obligatorische Bestandteile enthält. Hedemann übersieht dabei, dass es unangebracht wäre, derartige nicht einmal voll dingliche Ansprüche, die nur geschaffen sind, um gewisse aus dem Recht zum Besitze etwa gegen die rei vindicatio erhobenen Einwendungen auszuschliessen, von der jedesmaligen sedes materiae (Leihe, Miete, Hinterlegung) loszureissen und ihnen, aus formalistischen Gründen, einen Platz im Sachenrechte anzuweisen. Dagegen kann u. E. kein Zweifel obwalten, dass für einen dinglichen

[1]) S. 71, a. a. O.

Anspruch auf den Schuldschein nirgends Raum wäre als bei dem § 952 [1]).

Tritt man in eine nähere Untersuchung der Gründe ein, denen zufolge ein angebliches Eigentum des Schuldners am Schuldschein nach getilgter Schuld ex lege entstehen soll, so sei gleich vorweggenommen, dass, wenn diese Gründe nicht für treffend erachtet werden sollten, die Erörterung über die Wirkung einer Einrede im Sinne der C.P.O., also insbesondere über die Behauptung zur Rückgabe des Schuldscheines ausser Stande und deshalb nur zur Ausstellung des Mortifikationsscheines verpflichtet zu sein, keine wesentliche Rolle in diesen Betrachtungen spielen kann, da der beklagte Gläubiger durch einfaches Bestreiten des Anspruches sein Ziel erreicht und gar nicht notwendig hat, eine Einrede geltend zu machen. Ueber die Gründe, die die Anhänger der Rück- oder Anfallstheorie für ihre Behauptungen geltend machen, noch folgendes: „Das Eigentum des „Gläubigers" hat bei Wegfall seiner Gläubigerschaft", sagt Hedemann, „nicht nur keinen Zweck mehr, sondern hört sogar bei Festhalten am Wortlaut des § 952 geradezu von selbst in diesem Augenblicke auf. Schwebt jetzt das dingliche Recht am Scheine in der Luft? Gibt es überhaupt keinen Träger dafür? Wenn die Gläubigerschaft ihr Ende nahm auf Grund einer Abtretung, so ist ein neuer Gläubiger auch als Nachfolger im Eigentum gegeben. Sonst aber muss die Antwort zu Gunsten des Schuldners ausfallen; er ist der nächste dazu, in die Lücke zu treten."

Prüft man diese Behauptungen Hedemanns näher, so vermisst man einen Beweis dafür, dass das Eigentum des Gläubigers bei Wegfall seiner Gläubigerschaft keinen Zweck haben soll. Nun das Eigentum bleibt deshalb bei dem Gläubiger, weil es im Gesetze an einer ausdrücklichen Bestimmung fehlt, dass es anders wäre. Ein gesetzlicher Eigentumsübergang aber ist ein in die Rechtssphäre der Beteiligten so tief eingreifender Vorgang, dass man logischer

[1]) ähnlich Oertmann a. a. O., Anm. 3 zu § 371.

weise nicht annehmen kann, das Gesetz werde sich dazu nicht selbst äussern, sondern es dem Beteiligten überlassen, im Wege der Auslegung einen in seinen Folgen doch ausserordentlich tiefgehenden Schluss zu ziehen. Die Fälle gesetzlichen Eigentumsüberganges sind im Gesetze sämtlich besonders hervorgehoben; durch Auslegung des Gesetzes einen neuen zu schaffen, wäre ebenso verfehlt, wie etwa den numerus clausus der Sachenrechte durch Auslegung aufzuheben. Dass man ferner die Behauptung der Anhänger der hier verworfenen Theorie

> das Bestehen der Forderung sei der einzige Grund gewesen, der die Aufstellung einer vom Regelrecht abweichenden Sondernorm gerechtfertigt habe; mit dem Wegfall der Forderung müssten daher auch die allgemeinen Regeln wieder in Geltung treten

allenfalls auch gegen jene Meinung verwenden kann, hebt mit Recht schon Poeschel[1]) hervor: „ . . . . denn ist der eigenartige rechtliche Zusammenhang der Urkunde mit einem Forderungsrechte durch dessen Untergang ein für allemal zerrissen, so unterfällt das übrig bleibende Stück Papier sofort — handgreiflich gesprochen, wo es gerade liegt — dem allgemeinen Sachenrecht, das vor allem wohlerworbene Rechte schützt". Das wohlerworbene Recht aber ist in diesem Falle das Eigentum am Schuldschein, das der Gläubiger nach § 952 erworben hat. Desgleichen hat Poeschel nachgewiesen, dass die Rauth'sche[2]) Behauptung, das Gesetz wende den im § 371 gebrauchten Ausdruck Rück„gabe" nur im Falle der Besitz-, aber nicht der Eigentumsübertragung an, nicht immer zutreffe, wie ein einfacher Vergleich der §§ 931 (Herausgabe gleich Besitzerstattung an den Eigentümer) und 2374 (Herausgabe gleich Uebereignung an den Käufer) lehre. Abzulehnen ist auch die schon von Wellmann[3]) mit freilich nicht durchschlagenden Gründen zu-

[1]) Poeschel § 952 des Bürgerlichen Gesetzbuches Diss. Leipzig 1907, S. 47.

[2]) S. 70 a. a. O.

[3]) S. 24 a. a. O.

rückgewiesene Behauptung Rauth's, es sei ein Unding, dass ein Recht nach den Grundsätzen des Obligationenrechts entstehen und denen des Sachenrechts untergehen solle[1]). Will man selbst annehmen, dass Rauth nur dingliche Rechte, wie das Eigentum, meint — denn bei anderen wäre ein Gegenbeweis allzu leicht — so muss man folgern: der § 952 stellt eine ausdrückliche Sondervorschritt dar, dem eine korrespondierende andere, die des § 371 S. 1, entspricht. Kein Prinzip im Recht ist so feststehend, als dass es nicht durch eine im Gesetz erklärte Ausnahme zu durchbrechen wäre. Zugegeben selbst, dass jedes andere nach den Grundsätzen des Obligationenrechts entstandene Recht auch nach diesem endigen müsste — für Entstehung und Endigung des Eigentums an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine entscheiden lediglich die Sonderregeln der §§ 952 und 371. Kommt man infolgedessen zu dem Schluss, dass § 371 einen Anspruch auf Uebertragung des Eigentums an Schuldscheine gewährt, so ist es, da eben ein Ausnahmefall vorliegt, kein Hinderungsgrund, dass das dingliche Recht des Eigentums am Schuldscheine nach obligationenrechtlichen Grundsätzen, d. i. regelmässig mit Entstehung der Forderung, entstanden war und jetzt nach sachenrechtlichen, d. i. z. B. durch Einigung und Uebergabe, untergehen soll.

Des weiteren kann die Ansicht der Anhänger der Rückfallstheorie nicht richtig sein, welche behaupten, das etwa vor Entstehung der Forderung dem Schuldner zustehende Eigentum an dem nachher zum Schuldscheine gewordenen Blatt Papier sei während des Bestehens des Schuldverhältnisses gemäss positiver Vorschrift des § 952 B.G.B. nur zurückgedrängt gewesen, lebe aber nach Erlöschen der Schuld von selbst wieder auf. Denn wie wollte man — dies die allgemeine Ansicht der Vertreter der Rückübertragungstheorie — eine befriedigende Erklärung dafür finden, dass es dem Gläubiger erlaubt war, zur Zeit des Bestehens des Schuldverhältnisses das Papier zu vernichten oder einem

[1]) Reuth a. a. O., S. 79.

Dritten zu übereignen? Wenn man auch dem Gläubiger dieses Recht nicht in allen Fällen zugestehen kann, so ist es doch für die grosse Mehrzahl anzuerkennen (vgl. ob. § 2). Dann aber kann von einem nur „zurückgedrängten“ Eigentum des Schuldners keine Rede sein, weil der den Schuldschein vernichtende Gläubiger keine unerlaubte Handlung beging, ja nicht einmal eine lex imperfecta verletzte. Dieselben Gründe sprechen übrigens auch für Abweisung derjenigen Ansicht, wonach etwa das Gesetz dem Gläubiger das Eigentum am Schuldscheine unter der auflösenden Bedingung der Tilgung der Schuld übertrage[1]).

Ergebnis: Auf Eigentum lässt sich das Rückgabeverlangen für den Regelfall nicht stützen. Allerdings ist der Schuldner, der nach Tilgung der Schuld unter Berufung auf sein angebliches Eigentum den Schuldschein herausverlangt, nicht etwa deswegen — der römischen Formularprozessmaxime entsprechend — ohne weiteres abzuweisen, sondern der Richter wird zu prüfen haben, ob das Verlangen des klagenden Schuldners nicht von einem anderen Gesichtspunkte aus begründet erscheint.

§ 6.

Ausnahmen.

Freilich sind Ausnahmen denkbar, in denen der Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheines in dinglicher Weise aus § 985 B.G.B. sich ergibt. Angenommen es sei ein an sich alle Merkmale des echten Schuldscheines tragendes Instrument infolge einer Abmachung zwischen „Gläubiger“ und

---

[1]) Wellmann a. a. O., S. 23 f. macht zur Zurückweisung dieser Ansicht treffend auch historische Gesichtspunkte geltend, indem er anführt, § 952 B.G.B. enthalte nur eine Weiterausdehnung der Bestimmung des § 737 Abs. 2 C.P.O. v. 30. 1. 1877 (n. F. § 836 Abs. 3) die ihrerseits wiederum den im preussischen Recht zur allgemeinen Anerkennung gelangten Grundsatz enthalte: der Gläubiger könne stets die Auslieferung des Schuldscheines verlangen. Cf. R G. Entsch. Bd. 21 S. 364.

„Schuldner“ ausgestellt worden, ohne dass dieser Abmachung die Wirkungen eines rechtserzeugenden Vertrages innewohnen: Man denke sich den Fall, dass A den B zu einem Morde dingt und ihm als Belohnung die Zahlung von 300 Mark verspricht. Er stellt einen Schuldschein aus, indem er schreibt: „Ich erkenne an, dem B 300 Mark zu schulden“ oder „ich verspreche dem B 300 Mark zu zahlen“. A zahlt später, und will dann, da er den Schuldschein nicht zurückbekommen hat, auf dessen Herausgabe klagen.

Sicherlich hätte A nicht zu zahlen brauchen, da keine ursprüngliche Schuld bestand. Denn das in Form eines Schuldanerkenntnisses oder Schuldversprechens gemäss §§ 781 789 B.G.B. gekleidete Rechtsgeschäft verstiess gegen die guten Sitten und war deshalb nichtig, wenn auch A, nachdem er einmal gezahlt hat, das Gezahlte infolge der besonderen Bestimmung des § 817 B.G.B. nicht zurückfordern kann. Darf er aber Rückgabe des Schuldscheines verlangen und wie muss er den Anspruch geltend machen?

Hier ist folgendermassen zu entscheiden: Alles hängt davon ab, ob und unter welcher besonderen Abmachung B gerade den Schuldschein „bekommen“ hat. Liegt, was die Regel sein wird, gar keine Vereinbarung bezüglich desselben vor, so geht es nicht an, dem sogen. Gläubiger teilweise aus „rechtspolitischen Gründen“ den Anspruch aus § 371 S. 1 B.G.B. zu gewähren[1]). Man muss vielmehr sagen, dass der Aussteller des „Schuldscheines“ Eigentümer desselben geblieben ist oder es nach den allgemeinen Vorschriften über Spezifikation wurde. Denn der „Schuldschein“ war auch als abstraktes Schuldversprechen oder -anerkenntnis ungültig. Er war nur ein beschriebenes Blatt Papier, das nach § 950 B.G.B. Eigentum desjenigen wurde (wenn es ihm nicht schon vorher gehörte), der es beschrieb. War dies der „Schuldner“, so war er eben Eigentümer und hatte den Anspruch aus § 985 B.G.B.; war er es nicht, so auch z. B., wenn der andere den Schein schrieb und er ihn nur unterschrieb, dann

[1]) so Wellmann a. a. O. S. 81, 83.

hatte er diesen dinglichen Anspruch nicht. Er hatte dann einen obligatorischen aus ungerechtfertigter Bereicherung und zwar sowohl gemäss § 812 Abs. 2 als auch § 817 B.G.B. („es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand").

Diesen letzterwähnten Anspruch hatte er auch in dem wenig wahrscheinlichen Falle, dass er mit dem „Gläubiger" die Vereinbarung getroffen hatte, nicht nur der Besitz, sondern auch das Eigentum an dem Schuldscheine solle auf den Gläubiger übergehen.

In allen Fällen aber ist ein Anspruch aus § 371 S. 1 B.G.B. ausgeschlossen, wie ihn Wellmann gewährt[1]). Denn es erscheint unzulässig, ein beschriebenes Blatt Papier, das die Beurkundung eines nichtigen Rechtsgeschäftes enthält, durch Analogieschluss einer rechtsbe- oder rechtserzeugenden Urkunde gleichzusetzen.

Wenn man die Bestimmung des § 371 Abs. 1 nicht für anwendbar erklärt, dann scheidet auch diejenige des § 371 Abs. 2 aus. A kann also den etwa wieder zum Vorschein gekommenen Schein zurückverlangen, auch wenn ihm B schon die öffentlich beglaubigte Anerkenntnis ausgestellt hat, dass die „Schuld" erloschen sei. Es konnte ja auch das Nichtbestehen dieser Schuld ebensowenig anerkannt werden wie das Bestehen, und es wäre verfehlt, überhaupt nur zu untersuchen, ob die Parteien durch Hingabe bezw. Annahme des Mortifikationsscheines eine stillschweigende Vereinbarung über den „Schuldschein" hätten treffen können.

Ebenso hätte das Ergebnis zu lauten, wenn zwischen den Parteien ein Vertrag geschlossen worden wäre, der erst durch Anfechtung nichtig wurde, insbesondere auch dann, wenn der Schein gelautet hätte: „Ich erkenne an, dem B 300 Mark Darlehn zu schulden". In einem solchem Falle bestand eben keine ursprüngliche Schuld, die nach § 607

---

[1]) Den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung erkennt er nebenher in allen diesen Fällen — im Gegensatz zum Verfasser — als gegeben an.

Abs. 2 B.G.B. in eine Darlehnsschuld verwandelt werden konnte.

So ist gezeigt worden, dass beim Vorliegen einer „Nichtschuld“ eine Analoganwendung des § 371 S. 1 B.G.B. ausgeschlossen ist und infolgedessen von einer dementsprechenden Verpflichtung des Gläubigers zur Rückgabe des Schuldscheines keine Rede sein kann. Anders muss die Entscheidung lauten, wenn das der Ausstellung des Schuldscheines zu Grunde liegende Rechtsgeschäft wohl an sich nicht nichtig war, jedoch nur einen Anspruch erzeugte, dem das geltende Recht die vertragliche Vollgültigkeit bezw. Klagbarkeit versagt:

A, der mit Hilfe des B eine Heirat geschlossen hat, oder der dem B infolge unglücklichen Spiels oder einer verlorenen Wette 300 M. schuldet, hat es aus irgend welchen Gründen für richtig gehalten, sein in Form eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses oder eines Darlehensschuldscheines gegebenes Zahlungsversprechen einzulösen. Dass er seinerzeit die Zahlung von der Rückgabe des „Schuld“scheins hätte abhängig machen können, ergibt sich schon daraus, dass er selbst dann nicht hätte zu zahlen brauchen, wenn B zur Rückgabe bereit gewesen wäre, wie aus den Bestimmungen der §§ 656, 762 - 764 erhellt. Doch hat der wie immer geartete Schuldschein juristisch den Zweck gehabt, die jedenfalls vorhandene naturalis obligatio zu bezeugen, und man muss deshalb [1]) dem Schuldner das Recht zuerkennen, ihn mit einer der Bestimmung des § 371 analogen Klage zurückzufordern, wie man u. E. auch keinen Anstoss wird nehmen dürfen, während des Bestehens der „Schuld“ dem „Gläubiger“ gemäss § 952 das Eigentum an dem „Schuldschein“ zuzusprechen. Dann aber wird die Erörterung über die Wirkungen des (obligatorischen s. unten) Anspruches und die der etwa vorher erfolgten Annahme eines Mortifikationsscheines die gleiche wie im Regelfalle und wird dort besprochen werden. Das Anerkenntnis, dass die Schuld erloschen ist, bedeutet in diesem Falle natürlich die Erklärung,

[1]) So auch Wellmann a. a. O, S. 81.

dass auch keine naturalis obligatio mehr besteht. Hier sei noch erwähnt, dass die Annahme zu einem Trugschluss führte, eine Klage auf Rückgabe des Schuldscheins müsse sich in einem derartigen Falle vollkommen ausnahmslos als Chikane darstellen, also gegen § 226 B.G.B. verstossen, da der Gläubiger — ganz abgesehen von dem Anerkenntnis — aus dem „Schuldschein" niemals Rechte gegen den Schuldner herleiten könne. Dem ist entgegenzuhalten, dass in gewissem Umfange ein Missbrauch hier ebenso möglich ist wie im Regelfall.

Nur der Vollständigkeit halber sei der von Wellmann[1] angedeutete, eigentlich selbstverständliche Fall erwähnt, wonach das Eigentum an den Schuldner auch dann zurückfalle und dieser infolgedessen vindizieren könne, wenn er und der Gläubiger sich bei Ausstellung des Schuldscheines darüber einig gewesen wären, mit der Tilgung der Schuld solle das Eigentum des Gläubigers erlöschen. Diese Vereinbarung aber sei zulässig, da § 952 nur dispositiver Natur wäre[2]). Ein Mortifikationsschein wird in diesem Falle der Eigentumsklage des Gläubigers gegenüber kein selbständiges Gegenrecht auf Zurückbehaltung begründen können. Denn wenn dem Schuldner offenbar von vornherein soviel daran gelegen hat, sofort nach Tilgung der Schuld wieder Eigentümer des Schuldscheines zu werden, dass er mit dem Gläubiger darüber einen besonderen Vertrag abgeschlossen hat, so könnte man die Absicht, sein Eigentum am Scheine aufzugeben, nur dann für vorliegend erachten, wenn er diese Absicht besonders zu erkennen gibt in dem Vertrage, in dem er in öffentlich beglaubigter Form anerkennt, dass die Schuld erloschen sei. Der Erwerb des ipso iure mit Tilgung der Schuld dem Schuldner gehörigen Schuldscheines könnte also für den Gläubiger nur nach allgemeinen sachenrechtlichen Gesichtspunkten eintreten, wenn z. B. bei Tilgung der Schuld A auf die Behauptung des B hin, er habe den Schuldschein

[1]) S. 21 unten ff. a. a. O.

[2]) Dies ist anzuerkennen; vgl. oben die erste Anerkennung zu § 2.

verlegt, erklärt hätte: Wenn Du den Schuldschein findest, kannst Du ihn behalten.

Dritter Abschnitt.

Das persönliche Recht auf Rückgabe des Schuldscheines.

§ 7.

1. Der Anspruch aus der Sondervorschrift des § 371.

a) Grundlage.

Da, wie gezeigt wurde, der Schuldner im Regelfalle einen dinglichen Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheines nicht hat, so kann ihn nur ein obligatorischer zum Ziele führen. Geht man von der in der Wissenschaft üblichen Dreiteilung der obligatorischen Ansprüche in solche aus Verträgen aus unerlaubten Handlungen und aus anderen Gründen aus, so erkennt man zunächst, dass für die vorliegende Arbeit Ansprüche aus unerlaubter Handlung nicht in Frage kommen. Der Sonderanspruch auf Rückgabe des Schuldscheines ist aber m. E. ein Anspruch aus dem Vertrage. Der betreffende Satz im § 371 B.G.B. lautet: „Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheines verlangen."

Hier macht der Schuldner durchaus kein Eigentum am Scheine geltend[1]), sondern er verlangt im Gegenteil Eigentumsübertragung.

Der eigentliche Darlehnsvertrag, der die Ausstellung des Schuldscheines zur Folge hatte oder sogar durch dieselbe erst abgeschlossen wurde, ist kein gegenseitiger, sondern ein einseitig verpflichtender Vertrag und kann allerdings die Grundlage für den Rückgabeanspruch nicht bilden. Vielmehr verpflichtet er nur einseitig den Schuldner zur Tilgung der

---

[1]) Anders Hedemann s. oben.

Schuld[1]), ohne aus sich selbst heraus den Gläubiger auch zur Rückgabe des über die Forderung ausgestellten Schuldscheines nach der Tilgung zu verpflichten. Aus dem Darlehnsvertrage kann also ohne weiteres eine vertragliche Verpflichtung des Gläubigers zur Rückgabe des Schuldscheines nicht hergeleitet werden.

Man hat vielmehr die Grundlage dieser vertraglichen Verpflichtung zur Rückgabe nur in einem Teile des ganzen Darlehnsgeschäftes zu suchen, nämlich in dem Tilgungsakte, in der „Erfüllung“[1]). Nun ist die rechtliche Natur der „Erfüllung“ durchaus zweifelhaft, indem die einen sie zu den entgeltlichen[2]), die anderen zu den unentgeltlichen Rechtsgeschäften rechnen, die dritten schliesslich ihre Zugehörigkeit zu beiden Kategorien bestreiten. Für die vorliegende Arbeit ist eine Untersuchung der ganzen Frage entbehrlich, da nur ein ganz begrenzter Fall zur Erörterung steht: die Erfüllung einer Schuldverbindlichkeit, über die ein Schuldschein ausgestellt ist. Und selbst die Rechtsnatur dieser besonderen Erfüllung braucht nur mit einem Worte gestreift zu werden; denn eingehender ist allein die Frage nach der Abhängigkeit der Verpflichtung zur Rückgabe des Schuldscheines von dem Schuldtilgungsakte zu prüfen. In dem Worte „Abhängigkeit“ liegt schon die Lösung des Ganzen. Verfasser erblickt diese Lösung in einer Anwendung der von Oertmann in seinem Werke „entgeltliche Geschäfte“[3]) neuestens vertretenen Theorien von dem Begriffe der Gegenleistung. Es ist Oertmann zunächst darin beizutreten, dass jede Art von Erfüllung nur ein Hülfsgeschäft zu dem sie nachträglich hervorrufenden Grundgeschäfte bildet.

[1]) S. auch unten § 10 d. A.

[2]) Ueber „Erfüllung“ neuestens Böhmer „der Erfüllungswille“ (in den Fischer'schen Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess des deutschen Reiches) 20 Bd. 1. Heft 1910). Dieser spricht beim Darlehn von der „Willensgebundenheit des Hingebenden“, was wohl nur ein anderer Ausdruck für die „Entgeltlichkeit“ der Erfüllung ist

[3]) Gleichfalls in den eben zitierten Fischerschen Abhandlungen 23. Bd. 3. Heft 1911.

Da sonach das Darlehn, wenn auch nur ein einseitig verpflichtender, so doch jedenfalls ein entgeltlicher Vertrag ist, so ist auch die Erfüllung als Hilfsgeschäft zu diesem ein entgeltlicher Akt[1]). Die Schuldtilgung ist also von dem Darlehnsgeschäfte abhängig, sie ist Hilfsgeschäft zu der durch den Darlehnsvertrag übernommenen Rückgabeverpflichtung, die ihrerseits als „Entgelt" oder „Gegenleistung" die Hergabe des Darlehns zur Voraussetzung hatte.

Nun gehe man aber einen Schritt weiter. Man löse die Schuldtilgung von dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft los, betrachte sie also nicht im Verhältnis zu diesem, sondern wie ein eigenes Grundgeschäft. Anderseits aber stelle man ihr die Rückgabe des Schuldscheines gegenüber. Dann darf man sagen, dass das Verhältnis der Rückgabe des Schuldscheines zur Tilgung der Schuld ein ganz ähnliches ist wie das der Tilgung der Schuld zur Hergabe des Darlehns, und man wird das dort gefundene Ergebnis hier analog anwenden dürfen. Man hat also zu sagen, dass Tilgung der Schuld und Rückgabe des Schuldscheines allerdings sich nicht wie Vor- und Rückleistung beim gegenseitigen Vertrage gegenüberstehen, dass aber doch eine Abhängigkeit zwischen beiden besteht. Diese Abhängigkeit zeigt, dass der Erfüllungsakt, in Verbindung gesetzt mit der Rückgabe des Schuldscheines, ebenfalls ein entgeltliches Geschäft ist und dass er selbst also in diesem die „Leistung" darstellt, während die Rückgabe des Schuldscheines die „Gegenleistung" ist. Von diesem Gesichtspunkte aus war es nur folgerichtig, dass der Gesetzgeber für den Frage stehenden Anspruch gerade einen solchen ex contractu gewährt hat.

Nachdem so gezeigt worden ist, dass für den obligatorischen Sonderanspruch auf Rückgabe des Schuldscheines ein solcher ex contractu in Frage kommt, bleibt noch die

[1]) Oertmann a. a. O., S. 88 u.: „die Erfüllung ist bald ein entgeltlicher, bald ein unentgeltlicher Akt je nach dem Charakter des damit abzuwickelnden Hauptgeschäftes."

Hauptfrage zu erörtern, warum denn überhaupt für diesen Anspruch die obligatorische Natur massgebend ist. Für diese spricht sich heute unbedingt die herrschende Ansicht aus[1]). Die besten Gründe hierfür liegen schon in dem negativen Momente, in der Zurückweisung der dinglichen Ansprüche. Als positives Moment, das für die obligatorische Natur des Anspruches spricht, sei hier folgendes angeführt:

Zwar erlaubt es das heutige Recht nicht mehr, den Schuldschein als Zubehör zu der Forderung anzusehen, weil das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 97) nur Zubehörstücke zu körperlichen Sachen kennt, während allerdings nach preussischen Rechte sich der Schuldschein als Zubehör zur Forderung darstellte. Hierfür sprach deutlich des preussische Allgemeine Landrecht I, 2 § 62, fortgebildet durch Literatur und Praxis[2]). Immerhin aber muss es erlaubt sein, im Wege der Analogie gewisse Eigenschaften, die dem Verhältnisse zwischen Zubehör und Hauptsache im allgemeinen eigentümlich sind auf das Verhältnis zwischen Forderung und Schuldschein zu übertragen.

Dies hat noch vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches bereits Jakobi angeregt im Rahmen einer Arbeit über „die Rechte des Sondernachfolgers in die Rechte aus dem Urteile auf Herausgabe der vollstreckbaren Urteilsausfertigung[3])",

---

[1]) So Staudinger a. a. O., Bd. III, 1 S. 384 (c); Rehbein. das Bürgerliche Gesetzbuch 1903 Bd. II, S. 84; Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes 1906, Bd. II, 1 S. 4; Oertmann a. a. O., S. 269 Anm. 3; Poeschel a. a. O., S. 45 ff.; Wellmann a. a. O. S. 47.

[2]) Poeschel a. a. O., S. 5 Anm 1 u. 2 führt an: Rehbein-Reincke, Kommentar zum Preussischen Allgemeinen Landrecht 5. Aufl. 1904 Anm. zu I, 11 § 395; Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechtes 3. u. 4. Aufl. 1884—1888 II § 84; Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes XXII, 757; Striethorst, Archiv für Rechtsfälle LXVII. 149—LXIII, 79 u 84—LXX, 312—LXXIV, 37—XCIII, 141—XCVII, 120—XCIX, 90.

[3]) In der „Zeitschrift für deutschen Zivilprozess und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" Bd. XXV 1899, S. 447 ff.

ohne allerdings den für den vorliegenden Fall in Betracht kommenden Schluss zu ziehen. Er bedauert es in dem erwähnten Aufsatze zunächst überhaupt, dass bei Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in zweiter Lesung ein Antrag abgelehnt wurde, der in dem Satze gipfelte: „Ein über eine Forderung ausgestellter Schuldschein ist Zubehör der Forderung." Dann aber sagt er weiter, dass ungeachtet des fehlenden „Sachzusammenhanges" doch schon infolge des „das Zweckmässige vertolgenden Parteiwillens" und ferner, „weil der Schuldschein den wirtschaftlichen Zwecken des Rechtes zu dienen bestimmt" ist, ein praktischer Unterschied zwischen dem „Zubehör" des § 97 und dem „Quasizubehör" des § 952 B.G.B. (das aber ist der Schuldschein!) nicht ersichtlich ist[1]). Er kommt schliesslich zu dem Ergebnis: Diejenigen Urkunden über Rechte, welche für die Zwecke dieser Rechte bestimmt und dazu verwendet sind, sind als uneigentliche Zubehörstücke nach dem in analoger Weise in Anwendung zu bringenden § 97 B.G.B. zu behandeln[2])".

Von einer „Quasizubehöreigenschaft" spricht von den Neueren u. a. auch Staub[3]), indem er hierbei das Verhältnis des Talons zur Aktie im Auge hat, wobei er dem Talon die Sacheigenschaft bestreitet. Jakobi tritt ihm in seinem ersterwähnten Werke[4]) („Die Wertpapiere u. s. w.") insoweit entgegen, als er den Mangel der Zubehöreigenschaft des Talons zur Aktie bestreitet, nicht deshalb weil sie keine körperlichen Sachen wären, sondern weil sie nicht zum Hauptpapiere in einem räumlichen Verhältnisse stehen. Aber dem sei nun, wie es sei. Auch hier kommt er jedenfalls zu dem Schlusse[5]): „. . . Doch ist, wie Staub mit Recht annimmt, der Begriff der Pertinenzqualität des B.G.B. ein für das

---

[1]) S. 457 a. a. O.

[2]) S. 458 u. f. a. a. O.

[3]) Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuche 8. Auf. 1906 Bd. I Anm. 14 zu § 213.

[4]) S. 291 u. f. a. a. O.

[5]) S. 292 a. a. O.

praktische Leben zu enger und der Begriff einer Quasi-pertinenz nicht zu entbehren".

Trägt man nach all diesem nunmehr kein Bedenken, das Verhältnis zwischen Schuldschein und Forderung rechtlich analog zu behandeln wie das Verhältnis von Zubehör und Hauptsache, so ergibt sich für die obligatorische Natur des Anspruches auf Rückgabe des Schuldscheines folgendes: Nach § 952 B.G.B. gehörte der Schuldschein als „Zubehör" dem Eigentümer der „Hauptsache", nämlich der Forderung. Wenn die Forderung erlosch, so hat das dieselbe Bedeutung, als ob die Hauptsache untergegangen ist. Dann aber wurde das „Zubehör" selbst „Hauptsache" und blieb in dem Eigentum dessen, dem es schon vorher als „Zubehör" zustand. Folglich ist es klar, dass § 371 S. 1 B.G.B. nur einen obligatorischen Anspruch enthält. Dazu sei noch zweierlei bemerkt: Erstens: Der hier gezogene Schluss birgt auch den Nachweis in sich, dass der Schuldschein nach Erlöschen der Forderung nicht etwa eine res nullius wird. Ferner: Der Schluss trifft aber nicht zu und soll gar nicht zutreffen, wenn der Schuldner sich am Schuldscheine das Eigentum vorbehalten hat, wie ja auch bei Zubehörstücken selbständiges Eigentum denkbar ist. Darin liegt die Nachgiebigkeit von § 952 B.G.B.

§ 8.

b) Einfluss der Unmöglichkeit der Rückgabe und der Ausstellung eines Mortifikationsscheines

α) Die Beweislast.

Der zweite Satz des § 371 B.G.B lautet: „Behauptet der Gläubiger zur Rückgabe ausser stande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, dass die Schuld erloschen ist." Man sieht sofort, dass gegebenenfalls auf diese Bestimmung eine Einrede (im Sinne der Civilprozessordnung) gegenüber der Klage auf Rückgabe des Schuldscheines gegründet werden kann: Der Schuldscheinschuldner könnte geltend machen, dass er, nachdem er einmal ein solches

Anerkenntnis, einen sog. Mortifikationsschein ausgestellt habe, nunmehr nicht mehr zur Rückgabe des Schuldscheines verpflichtet sei. Ja er könnte vielleicht noch weiter gehen: Er könnte von vornherein beim Schuldtilgungsakte „behaupten" — womöglich wider besseres Wissen — dass ihm die Rückgabe des Schuldscheines unmöglich sei, und die Ausstellung des Mortifikationsscheines anbieten. Geht nun damit seine, des Gläubigers der Geldschuld, Verpflichtung zur Rückgabe des Schuldscheines sofort unter? Insbesondere: Muss sich der Schuldner der Geldschuld mit dieser Behauptung begnügen? Das ist die Vorfrage die hier zu erörtern ist. Erst nachdem diese entschieden, kann die Frage besprochen werden, wie sich die Sachlage gestaltet, wenn der Schuldner der Geldschuld sich nun einmal aus diesem oder jenem Grunde zunächst bei Erhalt des Mortifikationsscheines beruhigt hat und nun der angeblich abhanden gekommene Schuldschein wieder zum Vorschein kommt. Kann dann der Gläubiger der Geldschuld wegen der Ausstellung des Anerkenntnisses die Rückgabe verweigern oder nicht, anders ausgedrückt: Verhält sich die Ausstellung eines Mortifikationsscheines zu der eines Schuldscheines kumulativ oder alternativ?

Zunächst also zu der „Vorfrage", die man dahin präzisieren dürfte: „Wen trifft die Beweislast für die Rückgabeunmöglichkeit des Schuldscheines bezw. gibt es für diesen Fall überhaupt eine Beweislast?" Im Gesetze steht nur der Ausdruck „behauptet" im zweiten Satze des § 371 B.G.B., und wenn man sich streng an diesen Wortlaut hält, wird man nicht sagen können, dass hier überhaupt Raum für die Erörterung nach der Frage der „Beweislast" bleibt, weil man sagen darf, dass, wenn das Gesetz jemandem die Möglichkeit gibt, die Herbeiführung oder wenigstens die Sicherstellung eines Rechtszustandes durch eine „Behauptung" zu bewirken, es ihn damit des Beweises dafür überheben will, dass er auf Bestehen dieses Rechtszustandes ein Anrecht besitze. Aber die herrschende Meinung (Schollmeyer, Endemann, Hedemann, Planck, Kipp, Oertmann, Müller-Meikel, Crone

und der Spezialist des Falles, Wellmann[1]) ist der Ansicht, dass der zweite Satz des § 371 tatsächlich eine Art Verteilung der Beweislast enthalte und zwar in dem Sinne, dass der Schuldner der Geldschuld zunächst den Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheines habe, dann aber, wenn der Gläubiger „behaupte" zur Rückgabe ausser stande zu sein von diesem den Beweis dafür verlangen könne, dass diese Behauptung auch wirklich der Wahrheit entspreche. Diese Ansicht ist abzuweisen ebenso wie die andere, die auch in dem Satze 2 des § 371 nur mehr oder weniger eine Verteilung der Beweislast erblickt — nur gerade im umgekehrten Sinne als die eben genannte. Sie meint nämlich, dass der Schuldner der Geldschuld, wenn er Wert auf die Rückgabe des Schuldscheines lege, den Beweis dafür zu erbringen habe, dass der Schuldschein auch wirklich noch vorhanden sei, andernfalls sich aber mit dem Mortifikationsschein begnügen müsse[2]).

Beide Ansichten sind abzuweisen und es ist vielmehr derjenigen beizutreten[3]), welche in der Bestimmung des § 371 S. 2 überhaupt keine Verteilung der Beweislast erblickt, sondern die streng dem Wortlaute des Gesetzes Rechnung trägt. Aus diesem ist aber nur zu ersehen, dass in dem Falle, wenn der Gläubiger „behauptet", zur Rückgabe des Schuldscheines ausser Stande zu sein, der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen kann, dass

[1]) Scholl meyer a. a. O., Bem. 2 zu § 371; Endeman, a. a. O., Bd. 1 § 141 Anm. 23; Hedemann a. a. O., S. 85, 86; Planck a. a. O., Bd. 2 Bem. 2 zu § 371; Oertmann a. a. O., Bem. 2 zu § 371; Müller-Meikel Bd. 1, S. 328; Crome a. a. O., S. 241 Anm. 15; Wellmann a. a. O., S. 62 ff.; Kipp in Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes 9. Auf. 1906, S. 407; Müller, Meikel, das bürgerliche Recht des deutschen Reiches 2. Auf. 1904. Bd. 1 S. 328.

[1]) So Rehbein a. a. O., Bem. 18 zu §§ 362—371 B.G.B.; Ebert in Fischer-Henle zu § 371 B.G.B.; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 4. Auf. 1903/04 Bd. I § 108 Ziff. 5b.

[2]) So die Protokolle Bd. I, S. 341 und auch Jakobi („Recht des Cessionars . . ." u. s. w.) S. 456.

die Schuld erlöschen sei. Freilich fehlt im Nachsatze das Wörtchen „nur", dessen Vorhandensein im Gesetzestext für die hier vertretene Ansicht entscheidend sein würde. Tatbestandsvoraussetzung auf Rückgabe des Schuldscheines ist also die blosse, „Behauptung" des Gläubigers. Denn dass der Sinn des Gesetzes die Einschiebung des Wörtchens „nur" in den Gedankengang des Lesers verlangt, geht aus dem Worte „behauptet" hervor, sie braucht garnicht dazustehen. Denn die Satzkonstruktion ist doch die: „Wird x behauptet, so kann y verlangt werden." Die beiden zurückgewiesenen anderen Ansichten legen in das Gesetz etwas hinein, was nicht dasteht, und es ist bezeichnend, dass, wenn man das einmal tut, sich die eine der verworfenen Ansichten ebenso gut aus dem Gesetzestext herauslesen lässt wie die andere. Nein, der hier vertretenen Ansicht nach, ist bei dem zweiten Satze des § 371 B.G.B. keine extensive Interpretation gestattet, weil diese hier zu durchaus unsicheren Ergebnissen führt, sondern nur eine grammatische. Diese aber führt in ihren Konsequenzen — und diese müssen nun einmal gezogen werden — dahin, dass man annimmt, der Gläubiger werde schon durch die Behauptung, die Rückgabe des Schuldscheines sei ihm unmöglich, von der Rückgabeverpflichtung frei, und der Schuldner könne in einem solchen Falle nur die Ausstellung eines öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses verlangen, dass die Schuld erloschen sei.

Freilich dieses strenge Festhalten am Gesetzestexte bedingt, dass *für diesen Fall* das Wort „Schuldschein" nur die Bedeutung hat, die ihm der allgemeine Verkehr und der Sprachgebrauch beilegen, dass es sich also nur um das mit der Verpflichtung des Schuldners beschriebene, im übrigen aber wertlose, Instrument handelt. Denn die ratio legis ist u. E. die, dass der Wert des Schuldscheines und des Mortifikationsscheines *für* den Schuldner gleichgesetzt wird. Diese Gleichsetzung ist aber ausgeschlossen, wenn der Schuldschein von vornherein einen höheren Wert *für* den

Gläubiger darstellt, z. B. wenn er ein Wertpapier ist [1]) oder wenn sich der Schuldtitel auf einem kostbaren Stoff befindet. Man denke sich ferner den Fall, dass ein Monarch auf einem einsamen Spaziergange irgend eine Hilfe von Leuten in Anspruch nimmt, die ihn nicht kennen. Da er kein Geld bei sich hat, stellt er ihnen einen Schuldschein aus. Diesen will er später zurückhaben, um ihn als interessantes Autogramm einem Museum zu schenken. Auch dieser Fall ist den Vorhergenannten gleichzustellen, obwohl der Schuldschein an sich nur ein beschriebenes Blatt Papier ist. Der Autogrammwert aber ist entscheidend.

In allen diesen Fällen, so kann man sagen, würde der Schuldner durch Empfang des Mortifikationsscheines anstelle des Schuldscheines direkt geschädigt, und deshalb muss ihm die Möglichkeit erhalten bleiben, den Schuldschein selbst zurückzuverlangen. Nach den oben getroffenen Entscheidungen ist als Regel angegeben worden, dass im Normalfalle deshalb von einer Beweislast nicht die Rede sein kann, weil der Gläubiger schon durch seine „Behauptung" seiner ursprünglichen Verpflichtung ledig wird. Aus allgemeinen rechtlichen Erwägungen heraus wird man dann zu folgern haben, dass in dem in Frage stehenden Ausnahmefalle der Schuldner zu beweisen haben wird: erstens, dass die Behauptung des Gläubigers, die Rückgabe des Schuldscheines sei ihm unmöglich, falsch sei — und zweitens, dass der Mortifikationsschein in diesem Falle nicht den Schuldschein ersetzen könne, weil der angebliche Schuldschein eben nicht nur ein „Schuldschein" sei, sondern daneben noch etwas anderes. Hierher gehört auch folgender Fall: Der Gläubiger B behauptet, zur Rückgabe des Schuldscheines ausser stande zu sein, und bietet die Ausstellung des Mortifikationsscheines an, der Schuldner A aber weiss, dass die Behauptung des B unrichtig ist,

[1]) Dies also in Uebereinstimmung mit Jakobi „Wertpapiere" vgl. oben § 2. Er korrigiert hier demnach in einem Punkte gewissermassen eine in der früher erschienenen Arbeit von den Rechten des Cessionars u. s. w. (s. o.) vertretene, ganz den Protokollen folgende Ansicht.

und dass B den Schuldschein in so mangelhafter Weise aufbewahrt, dass leicht ein Verlust desselben zu befürchten ist. Dann aber steht weiterhin zu befürchten, dass ein unehrlicher Erwerber des Schuldscheines dem A sei es auch nur etwa durch unbefugtes Umherzeigen desselben Schaden zufügen kann. Hier wird A ausser dem Nachweise von der Rückgabemöglichkeit des Schuldscheines durch den B nachzuweisen haben, dass für ihn der wieder in seinen Besitz gekommene Schuldschein gerade in diesem Falle ein durch den Mortifikationsschein nicht zu ersetzendes Beweismittel für die Tilgung der Schuld sei.

Dieses Resultat ist also erreicht worden dadurch, dass im Gesetzestext die Worte „behaupten“ und „Schuldschein“ rein grammatisch interpretiert wurden. Ein in seinen Wirkungen etwa gleiches Ergebnis findet sich bei Dernburg[1]), der annimmt, dass der Schuldner nur dann auf der Rückgabe des Schuldscheines bestehen dürfe, für den Fall, dass ihm der Gläubiger die Ausstellung eines Mortifikationsscheines anbiete, wenn er ein besonderes Interesse an der Rückgabe des Schuldscheines nachweise. Mit diesem ausserordentlich beachtenswerten „Begriff des rechtlichen Interesses“ ist in dieser Arbeit erst weiter unten, gelegentlich der Besprechungen der Wirkungen der Einrede des § 371 S. 2, operiert. Für den vorliegenden Fall war er, wie man gesehen hat, entbehrlich.

Bevor man sich der Besprechung dieser Einrede zuwendet, muss noch mit einem Worte erwähnt werden, dass der Schuldschein während des Bestehens des Schuldverhältnisses selbstverständlich nicht nur, wie oben ausgeführt, für den Schuldner, sondern auch für den Gläubiger einen Nebennämlich einen Sachwert erhalten kann. Z. B. er entwirft, um den in der Literatur am häufigsten zitierten Fall zu erwähnen, auf seiner Rückseite eine Skizze. Es soll nicht verschwiegen werden, dass in einem solchen Falle das Unmoralische das Einfachste wäre. „Behauptete“ nämlich der

[1]) Dernburg a. a. O., Bd. II § 116 VI.

Gläubiger hier, zur Rückgabe des Schuldscheines ausser Stande zu sein, und böte er gleichzeitig die Ausstellung des Mortifikationsscheines an, so müsste nach der oben für den Normalfall getroffenen Entscheidung der Schuldner sich mit dem Mortifikationsscheine begnügen. Aber auch der wahrheitsliebende Gläubiger wird nicht zu fürchten haben, den Schein herausgeben zu müssen. Man wird dabei praktischerweise nicht, wie es bisher in der Literatur geschieht, mit den Vorschriften des B.G.B. über die Spezifikation operieren, sondern man wird eine möglichst für alle Fälle gemeinschaftliche Lösung zu suchen haben schon deshalb, weil ja auch viele andere als Spezifikationsfälle denkbar sind, in denen der Schein für den Gläubiger einen höheren Wert erlangt, als es vorher das beschriebene Blatt Papier war, z. B. sein Schuldner, der zugleich sein liebster Freund war, ist gestorben und er möchte aus irgend einem Grunde sein Schreiben als Erinnerung aufbewahren. Würde er hier den Mortifikationsschein ausstellen und gleichzeitig beweisen — hier ist also die Beweislast umgekehrt — dass der Schuldschein für ihn einen höheren Wert bekommen habe, natürlich einen solchen auf den nicht etwa in erster Linie der Schuldner oder dessen Erbe Anspruch habe, so könnte er u. E. den Schuldschein behalten. Eine Klage des Schuldners aus § 371 S. 1 wurde sich als Chikane darstellen und wäre infolge der Bestimmung des § 226 B.G.B. ausgeschlossen. Dieses Ergebnis stimmt mit den schon erwähnten Dernburgschen Ausführungen überein. Hier liegt eben das rechtliche Interesse — über diesen Begriff wird weiter unten gesprochen werden — auf seiten des Gläubigers.

§ 9.

a) Auf § 371 S. 2 gestützte Weigerung des Gläubigers zur Herausgabe des Schuldscheines.

aa) Charakter der Einrede.

Stützt sich der Gläubiger der Geldschuld bei seiner Weigerung, den Schuldschein herauszugeben, auf den zweiten

Satz des § 371 B.G.B., so bestreitet er nicht, zur Rückgabe des Schuldscheines imstande zu sein, wohl aber wendet er ein, dass der Schuldner der Geldschuld nun eben einmal aus diesem oder jenem Grunde auf die Behauptung des Gläubigers hin, die Rückgabe des Schuldscheines sei ihm unmöglich, in die Ausstellung des Mortifikationsscheines gewilligt habe. Durch die Ausstellung aber des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses, dass die Schuld erloschen sei, sei der Anspruch auf Rückforderung des etwa wieder zum Vorschein gekommenen Schuldscheines ein für alle Mal ausgeschlossen worden.

Für diesen Fall muss zunächst die Natur des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses, dass die Schuld erloschen sei, geprüft werden, denn von ihr ist in wesentlichen Punkten die Entscheidung abhängig. Sehr einfach wäre diese Entscheidung, wenn man etwa zu dem Schlusse käme, dass dieses Anerkenntnis nichts anderes wäre als eine Quittung. Denn dann ergäbe sich bei Auslegung des § 371 S. 1 das einfache Schema:

Gläubigerpflicht = Schuldschein + Quittung

Anerk. d. §§ 371 S. 1 = Quittung

Gläubigerpflicht = Schuldschein + Anerk. d. § 371 S. 2.

Man wird leicht zu diesem sozusagen mathematischen Trugschluss verführt durch eine neben anderen am schärfsten von Collatz aufgestellten These[1]), die eine Fortbildung der Bähr'schen Theorien darstellt[2]). Dieser erklärt nämlich: „Der negative Anerkenntnisvertrag des § 397, II B.G.B. und die Quittung müssen ein und dasselbe sein". Fast scheint es deshalb nötig, sich hier mit der über den Rahmen dieser Arbeit weit hinausgehenden Frage nach der rechtlichen Natur der Quittung zu beschäftigen, doch würde für die Prüfung betr. die Verpflichtung des Gläubigers zur Rückgabe des Schuldscheins bei Bestehen eines Mortifikationsscheines das

[1]) Collatz, Zur Lehre vom Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und von der Quittung (in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgarlichen Rechts Bd. 40, S. 127 ff.) 1898.

[2]) Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 3 Auf. 1894.

Resultat das Gleiche bleiben, wie man sich auch zu dieser Frage stellen mag. Denn auch wenn man gern zugibt (s. unten) dass unser Anerkenntnis wirklich einem Erlassvertrag des § 397 Abs. 2 gleichkommt und wenn man selbst die von den meisten[1]) mit Recht angefochtene Behauptung von Collatz im übrigen als wahr unterstellt — eins ist sicher: ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis bedeutet ein Plus gegenüber einem gewöhnlichen Anerkenntnis, und schon deshalb allein wäre es möglich, dass das Gesetz zwar den Gläubiger Herausgabe des Schuldscheins und Ausstellung einer Quittung auferlegte, aber nicht Herausgabe des Schuldscheins und Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Quittung. Im übrigen braucht man nur die Materialien zu prüfen, um zu sehen, dass mit dem Anerkenntnis des § 371 S. 2 etwas anderes gemeint sein muss als eine Quittung. Denn wäre Quittung und Mortifikationsschein dasselbe, so wäre die Bemerkung in den Protokollen[2]) geradezu unverständlich: „Man hielt es für zwecklos, daneben, neben dem Anerkenntnis, noch die Erteilung einer Quittung zu fordern", wie es im ersten Entwurfe zum B.G.B. der Fall war, wo § 271 lautete: „Ist dem Gläubiger ein Schuldschein über die Forderung ausgestellt worden, so kann der Schuldner bei der Tilgung neben der Quittung die Zurückgabe des Schuldscheines, und wenn der Gläubiger dazu ausserstande ist, eine schriftliche und öffentlich beglaubigte Erklärung desselben verlangen, dass die Schuld erloschen sei . . . ." Ferner kann eine Quittung — das B.G.B. spricht von einem schriftlichen Empfangsbekenntnis — sicherlich in einer schriftlichen „Erklärung" bestehen, braucht also kein Vertrag zu sein; das Wort „Erklärung" aber, dass sich im ersten Entwurf zum B.G.B. im § 271, dem späteren § 371, vorfand, wurde nach dem Willen der Kommission beseitigt und durch das Wort „Anerkenntnis" ersetzt; der Mortifikationsschein enthält eben auch eine Quittung, ist aber keine.

[1]) neuestens Böhmer, a. a. O

[2]) Prot. Bd. I S. 341.

Freilich vertritt Manigk[1]) die Ansicht, dass im Falle des § 371 erteilte negative Anerkenntnis des Gläubigers sei kein Vertrag im Sinne des § 397, II, sondern hätte „nur eine rein legale Wirkung, indem es lediglich als Indiz und Beweismittel in Betracht kommt". Dem widerspricht, dass, wie schon oben erwähnt, die Kommission für die zweite Lesung des B.G.B. den im ersten Entwurf vorhandenen Ausdruck „Erklärung" beseitigt hat, „weil durch das Wort „Anerkenntnis" ohne sachliche Abweichung von dem Entwurf deutlicher ausgedrückt werden sollte, dass ein Anerkenntnisvertrag zu schliessen sei[2])." In einem solchen Falle aber wäre es verfehlt, die Materialien als Träger einer unmassgeblichen Privatmeinung anzusehen. Wenn die Kommission (und die späteren Redaktoren des Gesetzestextes) meinten, dass für den § 371 die Worte „Anerkenntnis" und „Anerkenntnisvertrag" nicht nur juristisch, sondern auch rein grammatisch betrachtet, gleichzusetzen seien, so darf niemand, weil er eine andere Lösung juristisch für richtiger hält, sich auf den Standpunkt stellen — und nur dann liesse sich Manigk's Ansicht begründen — dass nach seinem Sprachgebrauch ein „Anerkenntnisvertrag" etwas anderes wäre als ein „Anerkenntnis" im Sinne des § 371. Dass ein Vertrag grössere Rechtssicherheit verbürgt als eine einseitige Erklärung, liegt auf der Hand, z. B. ist bei ersterem ein Widerruf oder ein einfacher Gegenbeweis, dass die Erfüllung tatsächlich nicht erfolgt sei, unmöglich[3]). Der Gesetzgeber wählt aber in allen Fällen die Form, die die grösste Rechtssicherheit verbürgt, es sei denn, dass ein Verkehrsinteresse aus besonderen Gründen eine einfachere Form empfiehlt. Dem Verkehrsinteresse wird aber beim Mortifikationsscheine schon dadurch genügend Rechnung getragen, dass richtiger Ansicht nach nicht die Beglaubigung des ganzen negativen Anerkenntnisvertrages, sondern nur die der

[1]) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907 S. 714 f.
[2]) Prot. S. 342.
[3]) vgl. Schollmeyer a. a. O., Anm 2 zu § 371.

Erklärung verlangt werde, das die Schuld erloschen sei. Deshalb muss man in der Anerkenntnis des § 371 S. 2 einen negativen Anerkenntnisvertrag im Sinne von § 397 Abs. 2 erblicken, welcher lautet:

„Das Gleiche gilt (d. h. das Schuldverhältnis erlischt), wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, dass das Schuldverhältnis nicht bestehe."

Die Frage ist für den vorliegenden Fall von grosser Wichtigkeit; denn käme man zu der Auffassung, dass das Anerkenntnis in § 371 nur eine einfache Erklärung wäre, so liesse sich kein einigermassen stichhaltiger Grund dafür finden, dass der Anspruch des Schuldners A gegen den Gläubiger B auf Rückgabe des Schuldscheines erloschen sei. Denn wodurch sollte dieser Anspruch untergegangen sein? A war in betreff der Rückgabe des Schuldscheins eigentlich wehrlos, wenn es B einfiel, seine öffentlich beglaubigte Erklärung abzugeben, dass die Schuld erloschen sei, während er sich einen Vertrag abzuschliessen jederzeit weigern konnte. Es bliebe schliesslich die Ansicht, die als Folge der öffentlich beglaubigten Erklärung des Gläubigers, dass die Schuld erloschen sei, einen Untergang des Anspruchs auf Schuldscheinrückgabe ansieht, nur dann haltbar, wenn man dem blossen Schweigen des A bei Kenntnisnahme von B's Erklärung jene Folgen beimessen wollte. So weit aber kann keine Art des etwa konkludent zu nennenden Schweigens gehen, dass durch sie ein Anspruch untergehen sollte, den der Erklärende, der an der Abgabe dieser Erklärung von dem andern gar nicht verhindert werden kann, nicht einmal erwähnt. Bei Annahme der Vertragsnatur des Anerkenntnisses dagegen könnte die Sache anders liegen. Der Vertrag kann nur durch das Mitwirken beider Teile zustande kommen, und durch das Mitwirken des A, mag es auch jetzt wieder nur in der mit Stillschweigen verbundenen Annahme der Anerkenntniserklärung bestehen, könnte der Anspruch auf Eigentumsübertragung an den Schuldschein ebenso untergehen, wie etwa gelegentlich für den Käufer im Kaufe einer teureren Sache ein Untergang des Anspruchs auf Eigentums-

übertragung der zuerst gekauften billigeren liegen kann. Es ist klar, dass bei diesem Beispiel das Mitwirken des Verkäufers ebenfalls in der stillschweigenden Annahme des Angebots, des Käufers bestehen kann, aber auch dieses Stillschweigen ist eben ein Mitwirken beim Vertrage. Das erste Ergebnis, zu dem also die vorzunehmende Untersuchung führt, ist: Die Frage, ob infolge des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses des § 371 Abs. 2 der Anspruch des Schuldners auf Rückgabe des Schuldscheines untergegangen ist, ist nur dann einer Untersuchung wert, wenn man dieses Anerkenntnis, wie es hier geschieht, als ein vertragliches auffasst. Für die Vertragsnatur desselben spricht sich übrigens heute entschieden die herrschende Meinung aus[1]). Gleichgültig wäre, ob dieser Anerkenntnisvertrag, dass die Schuld erloschen sei, der Zahlung voranging (konstitutiv) oder ihr folgte (deklarativ).

In diesem Anerkenntnis kann sicherlich eines nicht liegen: die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, wonach der Schuldner sich verpflichtet, den ihm an sich nach § 371, S. 1 zustehenden Anspruch nicht geltend zu machen. Denn will man selbst eine solche Vereinbarung überhaupt für zulässig anerkennen, so müsste man in der Abgabe des Anerkenntnisses einen ganz neuen Vertragsantrag betreffend Verzichtleistung auf den Schuldschein und in der Annahme des Anerkenntnisses auch eine Annahme dieses Vertragsantrages erblicken. Nun kann sicherlich ein Vertrag bisweilen durch schlüssige Handlungen der Parteien zustande kommen, freilich immer nur dann, wenn der Wille der Kontrahenten auf Abschluss des betreffenden Vertrages

[1]) Sie wird vertreten insbesondere von Staudinger a. a O., II, 1 S. 372 Anm. 3; Oertmann a. a O., S. 269 Anm. 5; Planck a. a. O., II, S. 229, Anm. 3; Crome a. a. O., II, S. 241; Ebert (Fischer-Henle), § 371 Anm. 6; Rauth, a. a. O., S. 79; Schollmeyer a. a. O., N. 2 zu § 371; Goldmann-Lilienthal das Bürgerliche Gesetzbuch 2. Aufl. 1903 Bd. I, 2 S. 410 Anm. 10; Klein, Zurücknahme von Vorstellungsmitteilungen (im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 34, 1910 S. 323 ff.) S. 334 Anm. 77.

gerichtet war. Man sieht sofort, dass bei diesem Punkte die Untersuchung stark vom Rechtlichen in das Tatsächliche hinübergreift. Der Richter müsste eben untersuchen, ob gerade im vorliegenden Falle der Wille der Kontrahenten auf ein praetum de non pretendo ex 371 B.G.B. gerichtet war. Verfasser würde für den Fall, dass keine besonderen Anhaltspunkte für einen derartigen Willen vorliegen, einen solchen regelmässig für nicht vorliegend erachten. Im übrigen wurde schon angedeutet, dass, auch wenn man für einen vorliegenden Einzelfall das Vorhandensein eines das Klagerecht des Schuldners ausschliessenden Abmachung ausnahmsweise anerkennen wollte, immer noch die Frage offen bliebe, ob nach heutigem Rechte ein solches zulässig ist. Auch die Entscheidung dieser berühmten Streitfrage — Verfasser steht auf dem Standpunkte, dass nach heutigem Recht ein pactum de non pretendo nicht mehr rechtswirksam ist — kann nicht mehr im Rahmen der vorliegenden Arbeit erörtert werden. Hier muss die Bemerkung genügen, dass der Abschluss eines Vertrages, durch den der Gläubiger anerkennt, dass die Schuld erloschen sei, schon deshalb nach der Ansicht des Verfassers im Regelfalle keine vertragliche Ausschliessung des Anspruches auf Rückgabe des Schuldscheines darstellen kann, weil der Schuldner gar nicht daran denkt, er könne später noch einmal in die Lage kommen, gegen den Gläubiger wegen Rückgabe des Schuldscheines im Prozesswege vorgehen zu müssen.

§ 10.

bb) Die Einrede im Lichte der bestehenden Theorien.

Nun zu den vier dem Verfasser bekannt gewordenen Theorien über das Verhältnis des Mortifikationsscheines zum Schuldscheine:

I. Die Rückforderung des Schuldscheines erklärt trotz Hingabe des Anerkenntnisses für statthaft die herrschende

Ansicht, und diese wird vertreten sowohl von Anhängern des dinglichen als auch von solchen des persönlichen Anspruches[1]).

II. Dernburg[2]) gibt, wie erwähnt, im allgemeinen dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger, der sich zur Ausstellung des Mortifikationsscheines anbietet, nur dann einen Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheines, wenn er ein besonderes Interesse daran dartun kann. Dementsprechend ist zu folgern, dass Dernburg erst recht das Vorhandensein eines besonderen Interesses seitens des Schuldners verlangen würde, wenn dieser schon im Besitze des Mortifikationsscheines wäre[3]).

III. Schollmeyer[4]) erklärt das Recht des Schuldners auf Rückgabe des Schuldscheines durch Annahme des Mortifikationsscheines regelmässig für erloschen, lässt es aber wieder aufleben, wenn der Gläubiger vom Schuldscheine noch nachträglich Gebrauch macht.

IV. Klein[5]) schliesslich erklärt jedenfalls den Anspruch des Schuldners auf Rückgabe des Schuldscheins nach Annahme des Anerkenntnisses für untergegangen.

Im folgenden soll in eine kritische Wertung dieser Theorien eingetreten werden, wobei man freilich stark auf Auslegung der Gründe angewiesen ist, aus welchen die

---

[1]) Genannt seien Hedemann a. a. O., S. 93; Rauth a. a. O. S. 79; Wellmann a. a. O., S. 65; Staudinger a. a. O., Bem. 4 zu § 371; Kohler a. a. O., II, 1 S. 58; Planck a. a. O., Anm. 2. zu § 371; Crome a. a. O., II, S. 241; Neumann Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich 3 Aufl. 1903 Anm. 4 zu § 371. — Dazu für den vorliegenden Fall auch Enneccerus (in Enneccerus-Kipp-Wolff s. o. Bd. I, S. 163,3), der dem Schuldner, welcher „die Surrogatleistung des Mortifikationsscheines" angenommen hat, einen Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheines nur gewährt, wenn er nachweist, dass der Gläubiger zur Rückgabe im Stande ist. Das hat aber dieser selbst zugestanden (vgl. § 288 C.P.O.)

[2]) Dernburg (Bürgerl. R s. o.) II, 1, S. 318.

[3]) Die Dernburgsche Ansicht findet sich im Ergebnis auch bei Meissner, das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich 1898 Anm. 3 zu § 371.

[4]) S. 229, Anm 2 zu § 371 a. a. O.

[5]) Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 34, S. 335.

Vertreter der einzelnen Theorien zu diesen gekommen sein müssen, da die Begründung ihrer Ansichten fast überall sehr kurz, des öfteren aber auch gar nicht vorhanden ist. Zunächst die Ansicht Klein s, welcher lehrt: „Mit dem auf Verlangen des Schuldners ausgestellten öffentlich beglaubigten Anerkenntnis, dass die Schuld erloschen sei, wollen die Parteien das ganze Schuldverhältnis restlos (auch den Anspruch Schuldner gegen Gläubiger auf Rückgabe des Schuldscheines) beseitigen, und diese Rechtsfolge tritt ein, weil sie gewollt war.“ Hier denkt Klein offenbar an einen gegenseitigen Vertrag, aus dem A verpflichtet sein soll zu zahlen, B den Schuldschein zurückzugeben. Schliessen beide also einen neuen Vertrag dass die „Schuld“ erloschen sei, so sind damit die beiderseitigen Verpflichtungen gemeint. Diese Auffassung hat manches Bestechende für sich, muss aber verworfen werden. Klein verkennt die Natur des zwischen dem Schuldner A und dem Gläubiger B geschlossenen Darlehnsvertrags. Ein Darlehnsvertrag ist wie bereits oben erwähnt, zwar ein entgeltliches Geschäft ist aber doch nur ein einseitig verpflichtender Vertrag, und er wird nicht dadurch zum zweiseitig verpflichtenden, dass ein lediglich dem Beweis dienender Schuldschein ausgestellt ist. Der Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins hat dieselbe Bedeutung wie der Anspruch auf Erteilung einer Quittung: er folgt nicht aus dem Darlehnsvertrage als solchen, sondern aus der Erfüllung desselben[1]) und bildet zu dieser, um mit Oertmann zu sprechen, wie bereits erwähnt, die „Gegenleistung“. Dass das Gesetz, wie man leicht aus den Bestimmungen der §§ 368 und 371 B.G.B. folgern kann[2]) jedem Schuldner erlaubt, an sich nur Zug um Zug gegen Rückgabe des vorhandenen Schuldscheines oder gegen Ausstellung des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses, dass die Schuld erloschen

[1]) vgl. Rehbein a. a. O. II, S. 284 und R.G. Entsch. Bd. 28, S. 434 wo zum Gerichtsstand der Klage auf Quittungsleistung der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten bestimmt wird.

[2]) Vgl. auch Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, S. 90 Bem. zu § 271.

sei, zu leisten, steht dem nicht entgegen ebensowenig das Zurückbehaltungsrecht, dass man dem Schuldner dann jedenfalls zugestehen muss, wenn der Gläubiger weder zur Rückgabe des Schuldscheines noch zur Ausstellung des Mortifikationsscheines bereit ist[1]). Dann muss noch erörtert werden, ob ein Zurückbehaltungsrecht auch gegeben ist, wenn der Gläubiger sich zur Ausstellung des Mortifikationsscheines erbietet, der Schuldner aber sofort behauptet, dass der andere in der Lage ist, den Schuldschein herauszugeben, und ferner, wer in diesem Falle beweispflichtig wird.

Diese Erörterung hat sich jedoch nach der oben getroffenen Entscheidung erledigt. Wenn dort ausgeführt ist, dass sich der Schuldner mit der blossen Behauptung des Gläubigers, die Rückgabe des Schuldscheines sei ihm unmöglich, begnügen müsse und nur den Anspruch auf Ausstellung des Mortifikationsscheines habe, so ist eben die Folge, dass er selbst dann kein Zurückbehaltungsrecht für seine Leistung beanspruchen kann, wenn ihm auch der Nachweis gelingt, dass die Behauptung des Gläubigers falsch ist.

Etwas anderes ist es natürlich wiederum, wenn der Schuldschein einen Sachwert hatte, was der Schuldner beweisen müsste. Bei Wertpapieren und überhaupt in allen Fällen, wo sein berechtigtes Interesse an der Rückgabe des Schuldscheines sich ohne weiteres aus den Umständen des Falles ergibt, ist er, wie bereits oben erwähnt, dieses Nachweises überhoben. Die gemeine Meinung sieht als Wertpapiere solche Papiere an, die Träger eines Rechtes sind. Dass es bei einer Reihe von Papieren zweifelhaft ist, ob sie dies sind, muss freilich zugegeben werden. Jakobi[2]) rechnet z. B. zu ihnen — und es ist ihm beizupflichten — Rektakonossemente, Rektalagerscheine, Rektaladescheine. Es ist infolgedessen zu sagen, dass bei diesen Papieren der Gläubiger

[1]) Ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 273 B.G.B. bestreitet Schlegelberger, (vgl. sein Werk „das Zurückbehaltungsrecht" 1904 S. 141 f. 173).

[2]) Jakobi a. a. O., S. 237 f.

nicht ohne weiteres unter Berufung auf § 371 Abs. 2 B.G.B. die Rückgabeunmöglichkeit dieser „Schuldscheine“ behaupten kann und der Schuldner sich dann mit Ausstellung des Mortifikationsscheines begnügen muss[1]). Dasselbe gilt, wie schon erwähnt, von der Versicherungspolice, obwohl diese kein Wertpapier im eigentlichen Sinne ist[2]). Dass und welche Beweislast in allen diesen Fällen den Schuldner trifft, ist bereits oben (S. 36) erörtert worden.

Kehrt man nach dieser notwendigen Abschweifung von den Ausnahmefällen zu der Frage zurück, wie sich Tilgung der Schuld und Rückgabe des Schuldscheines im Normalfalle zu einander verhalten, so ist also zu sagen: Die Pflicht der Zahlung folgt aus dem Rechtsgeschäft, für das der Schuldschein als Deckung gegeben worden ist, also in der Regel aus dem zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen Darlehnsvertrage, dagegen die Pflicht der Hingabe des Schuld- bezw. des Mortifikationsscheines aus der Tilgung. Es ist Gegenleistung zu dieser. Das rechtliche Verhältnis auf dem beide beruhen, muss freilich dasselbe sein — denn sonst gäbe es keine Zug- um Zug-Leistung und kein Zurückbehaltungsrecht (in dem einen erwähnten Falle)! — aber es ist u. E. nicht der bei Hingabe des Darlehns geschlossene Darlehnsvertrag — dieser verpflichtet einseitig den Schuldner zur Tilgung der Schuld — sondern es ist das durch den Willen des Gesetzes geschaffene besondere Rechtsverhältnis demzufolge der Schuldner die Tilgung einer schon bestehenden Darlehnsschuld von der gleichzeitigen Rückgabe des (vor oder erst nach Entstehung des Darlehnsvertrages darüber ausgestellten) Schuldscheines bezw. eines Mortifikationsscheines abhängig machen kann. Es bedarf keiner Erörterung, dass diese Entscheidung analog anzuwenden ist, wenn ein anderer als gerade ein Darlehnsvertrag in Frage kommt. Es wird

[1]) Andere Meinung die Reichtagskommission bei der Beratung der Zivilprozessnovelle; vgl. den Kommissionsbericht in den Drucksachen des deutschen Reichstages, 9. Legislaturperiode, Session 1897/98, Nr. 240, S. 222.

[2]) Jakobi a. a. O., S. 313.

sich für jeden einzelnen Fall nachweisen lassen, dass der Leistung des Schuldners aus dem Vertrage folgt, d. h. die Gegenleistung für eine gewisse Handlung des Gläubigers darstellt, die in 90% aller Fälle in irgend einem Vorleisten bestanden hat, dass aber die Rückgabe des Schuldscheines eine Folge des Aufhörens der Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner ist, also erst aus der Erfüllung folgt. Ganz abzuweisen ist die Bemerkung Kleins, dass die von ihm angenommene Rechtsfolge einträte, weil sie gewollt sei. Ein solcher Wille der Parteien aber erscheint im allgemeinen unwahrscheinlich, weil in den meisten Fällen gar nicht an ein späteres Zumvorscheinkommen des Schuldscheines denken (dies nimmt auch Hedemann an). Wäre ein solcher Wille der Parteien allerdings ausnahmsweise vorhanden und erkennbar, so wäre der Schuldner A mit seinem Anspruch abzuweisen. Dieser Wille hätte, wie schon oben gesagt, nicht etwa geführt zu einer vertraglichen Ausschliessung des dem Schuldner erhalten gebliebenen Anspruchs aus § 371 S. 1, sondern man müsste seine rechtliche Bedeutung in dem Abschluss eines neuen Erlassvertrages nach § 397 Abs. 1 erblicken, kraft dessen A dem B die von diesem geschuldete Leistung der Rückgabe des Schuldscheines erlässt.

Wie die Ansicht Kleins ist auch die Schollmeyers zurückzuweisen, der ein Rückforderungsrecht des Schuldners auf den Schuldschein nach Annahme des Mortifikationsscheines ebenfalls im allgemeinen für erloschen erklärt. Wenn er aber dem Schuldner für den Ausnahmefall, dass der Gläubiger noch nachträglich von dem Schuldscheine Gebrauch macht, einen erneuten Rückgabeanspruch gewährt, so ist einzuwenden: Diese Ansicht lässt sich nur dann verteidigen, wenn man annehmen will, der Schuldner habe auf seinen Anspruch unter der negativen Suspensivbedingung verzichtet, dass der Gläubiger von dem Scheine keinen Gebrauch mache. Wenn aber derartige Abmachungen nicht ausgesprochen werden — und gerade diesen Fall meint Schollmeyer — so müssten seiner Ansicht nach diese Wirkungen von Gesetzes wegen eintreten. Dafür aber fehlt ebenso jeder Anhalt wie zu der

Annahme eines regelmässig stillschweigend zwischen den Parteien geschlossenen diesbezüglichen Vertrages. Dass sie an sich berechtigt sind, einen solchen in Form eines bedingten Erlasses zu schliessen, soll nicht bestritten werden. Dann aber braucht man die ganze Scholl meyersche Theorie nicht.

Auf ganz anderen Grundlagen beruht die Dernburgsche Ansicht. Nach ihm ist für den Regelfall die Forderung des Schuldners auf Rückgabe des Schuldscheines als Chikane anzusehen, wenn der Gläubiger das schriftliche Anerkenntnis der Nichtschuld anbietet. Erst recht also — so muss man annehmen s. o. — wenn der Gläubiger dieses schon ausgestellt, der Schuldner es angenommen hat. Der Anspruch des Schuldners ist also nach § 226 B.G.B. abzuweisen. Nur wenn der Schuldner ein Interesse an der Rückgabe dartun kann, verhält sich dies anders. Diese Ansicht weicht von den bisher besprochenen ganz wesentlich ab, denn wer sich auf § 226 B.G.B. beruft, erkennt damit doch jedenfalls an, dass der Anspruch besteht. und erklärt nur seine Geltendmachung im Regelfalle durch das Chikaneverbot des § 226 für ausgeschlossen. Insofern nähert sich Dernburgs Ansicht der oben als herrschend bezeichneten, die den Anspruch des Schuldners im Regeltalle für berechtigt anerkennt, und es möge daher erlaubt sein, beide Theorien in einer Gesamtdarstellung zu behandeln und im Anschluss daran die hier vertretene Ergänzung der Dernburgschen Ansicht zu entwickeln.

§ 11.

cc) Eigene Ansicht.

Die herrschende Ansicht ist abzulehnen. Sie sagt: von einem Verzicht des Schuldners auf Rückgabe des Schuldscheines ist nirgends die Rede. Schuldner und Gläubiger denken bei Abschliessung des Mortifikationsvertrages meist gar nicht mehr an ein späteres Zutagekommen des Schuldscheins. Insoweit ist diesen Ausführungen unbedingt beizutreten. Denn wie schon oben

mehrfach erörtert worden ist, ist es verfehlt, in derartigen Fällen systematisch stillschweigende Willenserklärungen für vorliegend zu erachten, und ein diesbezüglicher Wille des Gesetzes ist durchaus nicht erkennbar. So bleibt eigentlich nur noch eine Frage zu erörtern: ist es richtig, wenn die herrschende Ansicht deshalb zu einer Ablehnung von Dernburgs „Chikanetheorie“ kommt, weil sie ein Interesse des Schuldners, seinen Schuldschein zurückzubekommen, stets als vorliegend ansieht? Da wäre zu bemerken: gewiss ist das Interesse des heutigen Schuldners an der Rückgabe des Schuldscheins grösser als etwa das des Altpreussen vor 1900. Denn damals gab es eine allgemeine Kraftloserklärung der Schuldscheine und der § 126 des A.L.R. I, 16, wonach, wenn das „Instrument“ (der Schuldschein) abhanden gekommen war, dessen Mortifizierung die Stelle der Rückgabe vertrat, hatte seine für den Schuldner willkommene Ergänzung im § 6 der Verordnung vom 9. Dezember 1809: „Wegen Mortifikation der an einen gewissen Inhaber und wegen des öffentlichen Aufgebots der an jeden Inhaber ausgestellten Privatschuldverschreibungen und Urkunden“, welcher bestimmte: „Kann aber der Schuldner besonders in Ansehung der auf Order ausgestellten Urkunde wahrscheinlich machen, dass er entweder bei auswärtigen Gerichten oder sonst unangenehmen Weiterungen oder wohl gar der Gefahr der doppelten Zahlung ausgesetzt sein würde, wenn er das Original nicht zurückempfinge, so muss der Gläubiger entweder den Verlust der Urkunde näher nachweisen oder auf seine Kosten das öffentliche Aufgebot derselben bewirken“. Zugegeben auch, dass alle die hauptsächlich von Hedemann[1]) angeführten Fälle möglich sind, in denen der Gläubiger den Schuldner trotz des Anerkenntnisses durch Gebrauch des Schuldscheines Schaden, der nicht materieller Natur zu sein braucht, zufügen kann. Aber ist denn stets nur das Interesse des Schuldners schutzwürdig? Warum soll es vom Rechte gemissbilligt werden, wenn beispielsweise ein Gläubiger später noch

[1]) S. 89 ff. a. a. O.

einmal in der Lage ist, einen undankbaren früheren Schuldner durch Vorzeigen des Schuldscheines nachdrücklich an die Pflicht der Dankbarkeit zu erinnern? Was ist dagegen einzuwenden, wenn ein Hochmütiger gelegentlich — auch vor anderen — daran erinnert wird, dass er nicht immer zu seinem Hochmute berechtigt war? Noch beachtenswerter ist, der übrigens von Hedemann selbst erwähnte Fall, dass der Gläubiger durch Besitz dieses Papieres in manchen Fällen in der Lage wäre, gewisse Delikte des Schuldners, z. B. Gebrauch eines falschen Namens nachzuweisen. Also das Interesse des Gläubigers, den Schein zu behalten, kann oft ebenso stark sein, wie das des Schuldners, ihn zurückzubekommen. Man denke ferner noch an folgende Fälle.

A hat sich für volljährig ausgegeben. B erfährt nach Zahlung und Hingabe des Mortifikationsscheines, dass A nunmehr unter derselben falschen Vorspiegelung andere ebenfalls angeborgt hat und will den ehrenwerten Vater des A, der ihm im übrigen unbekannt ist und der, wie er weiss, zu seinem Sohne das grösste Vertrauen hat, durch Vorlegung des wieder aufgefundenen Schuldscheines zum Einschreiten veranlassen, um grösseres Unheil zu verhüten.

Ferner: Ein Freund des B ist angeklagt, weil er den A bewuchert habe. A schwört dabei, dass ihm das Geld aufgedrängt worden sei, er sich auch nie von einem anderen Menschen Geld geliehen habe. B kann durch Vorlegung des zufällig noch in seinem Besitze befindlichen Schuldscheines vielleicht seinen Freund retten.

Schliesslich: Der mittellose B war Angestellter des C und sollte diesem 300 M abliefern. A besuchte vorher den B, machte ihn sinnlos betrunken und nahm ihm das Geld ab, versteckte aber an einer ihm selbst nicht mehr genau erinnerlichen Stelle der Wohnung des B einen Darlehnsschuldschein. B wurde der Unterschlagung verdächtig und verlor seine Stellung. A klärte nach 14 Tagen dem B gegenüber den Sachverhalt auf und gab auch die 300 M. gegen Ausstellung eines Mortifikationsscheines wieder. B will den später wiedergefundenen Schuldschein behalten, um

seine Schadenersatzansprüche gegen A leichter beweisen zu können.

In all diesen Fällen könnte man einwenden, die Geltendmachung des Anspruchs aus § 371 Satz 1 sei gerade hier nicht durch die Bestimmung des § 226 ausgeschlossen, weil der ehemalige Darlehnsschuldner durch Geltendmachung seines Anspruchs doch nicht „nur“ dem anderen Schaden zufügen, vielmehr sich selbst erheblich nützen, nämlich allerlei Unannehmlichkeiten auf den verschiedensten Gebieten von sich abwehren wolle. Eine solche Auffassung des § 226 aber erscheint zu engherzig. Mit Recht hat schon das Reichsgericht[1]) die arglistige Ausbeutung bloss formalen Rechts als ebenfalls unter den § 226 fallend erklärt, und man wird keinen Anstoss nehmen dürfen, noch weiter zu gehen und den § 226 auch dann für anwendbar zu erklären, wenn zwar der angeblich Berechtigte nicht „nur“ dem anderen Schaden zufügen will, aber sich durch Geltendmachung des Anspruchs nur einen Vorteil verschaffen kann, den die Rechtsordnung nicht billigt[2]). Das Gesetz hat durch die Bestimmung des § 371 Abs. 1 durchaus nicht für alle Fälle das Interesse des Schuldners für schutzwürdiger erklären wollen als das des Gläubigers, sondern es hat ihm hauptsächlich einen erhöhten Schutz dagegen bieten wollen, noch einmal zur Zahlung in Anspruch genommen zu werden. Gerade deshalb aber stellt sich nach Empfang des Mortifikationsscheines die Rückforderung des Schuldscheines regelmässig als Chikane dar, d. h. die Geltendmachung des an sich bestehen gebliebenen (s. oben) Anspruchs des § 371 S. 1 wird durch die Bestimmung des § 226 ausgeschlossen, weil eine nochmalige Inanspruchnahme des Darlehnsschuldners durch Ausstellung des Mortifikationsscheines so gut wie unmöglich geworden ist. Es sind einige Fälle denkbar, aber erstens handelt es sich bei allen diesen

[1]) 56, 108.

[2]) Diese Auslegung allerdings dürfte kaum die Billigung des Reichsgerichts finden, das in einer spätereren Entscheidung (vgl. Juristische Wochenschrift 1905, S. 388) den Begriff der Chikane ausserordentlich eingeschränkt hat.

um krasse Ausnahmen, und zweitens setzen sie stets einen Verlust des Mortifikationsscheines voraus, also einen Umstand, der in der Person des ursprünglichen Schuldners liegt. Daraut aber hat das Gesetz keine Rücksicht zu nehmen. Verlöre beispielsweise der Gläubiger während des Bestehens des Schuldverhältnisses etwa durch einen Brand den Schuldschein und bestritte jetzt der Schuldner den geltend gemachten Anspruch, so müsste der Gläubiger diese in einer Umkehrung der Beweislast für ihn ihren Ausdruck findende Vrrschlechterung seiner Lage ebenfalls hinnehmen, und nicht anders ist die Lage des Schuldners zu beurteilen, der nach der Zahlung und nach Ausstellung und nach Verlust des Mortifikationsscheines noch einmal, sei es vom früheren Gläubiger, sei es von einem Dritten, dem der erste die angebliche Forderung mit dem Schuldschein übertragen hat, in Anspruch genommen wird.

Nicht ohne weiteres zu berücksichtigen ist ferner eine dahingehende Behauptung des früheren Schuldners, der Inhaber des Schuldscheines könne ihm durch Herumzeigen desselben auch nach getilgter Schuld allerlei Schaden zufügen, er könne ihn ferner verlieren, und ein Dritter ihm, dem ehemaligen Schuldner, in einer Weise schaden, zu der sich der ehemalige Gläubiger aus Rücksichten des Anstandes nie entschlossen hätte. Derartige Behauptungen genügen in solcher Allgemeinfassung nicht, ebensowenig wie sie bei richtiger Auslegung der Bestimmung des § 6 der oben erwähnten Verordnung vom 9. Dezember 1809 genügt hätten. Vielmehr müsste der ehemalige Schuldner nachweisen, dass gerade bei diesem Schuldscheininhaber Grund zu derartigen Befürchtungen vorhanden, also z. B. dass der Schuldschein bei ihm so schlecht verwahrt wäre, dass sein Verlust jederzeit befürchtet werden müsse. So erscheint die Ansicht Dernburgs zunächst als die richtigste, die dem Schuldner einen Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheines nach Erhalt des Mortifikationsscheines nur dann zuerkennt, wenn er ein besonderes Interesse an der Rückgabe nachweist, und zwar, so erscheint eine Ergänzung notwendig, ein besonderes schutzwürdiges Interesse,

dem nicht ein schutzwürdigeres des Gläubigers an der Zurückbehaltung des Scheines entgegensteht. Die in dieser Hinsicht vorzunehmende Prüfung unterliegt der freien Beweiswürdigung seitens des Richters. Weist also der Gläubiger seinerseits ein besonderes Interesse an der Zurückbehaltung des Schuldscheines nach, so muss es dem Richter überlassen bleiben, zu bestimmen, welches er für das schutzwürdigere hält, Dies erscheint vielleicht zunächst als Anmassung, aber ein Beispiel wird zeigen, dass die Sache nicht so schlimm ist. Behauptet etwa der Schuldner, er brauche den Schuldschein, weil er den Gläubiger des Wuchers überführen wolle, so muss sein Interesse der Rückgabe als schutzwürdig anerkannt werden, obwohl natürlich auch der Gläubiger hier in jedem Falle ein lebhaftes Interesse hat, den Schein nicht auszuliefern. Der Gläubiger kann dann die Auslieferung auf zwei Weisen verhindern: Entweder er weist nach, dass von Wucher keine Rede sein könne, dann behält er den Schein, denn sein Interesse ist jetzt schutzwürdig, sich nicht etwa unbegründeten Unannehmlichkeiten auszusetzen. Oder aber er vernichtet einfach den Schein — dieses Recht ist ihm in jedem Fall geblieben — dann überlässt er es der Beurteilung seiner Mitmenschen bezw. des Strafrichters, aus diesem Verhalten ihre Schlüsse zu ziehen, d. h. er schafft gleichsam selbst ein indicium gegen sich.

So gelangt man für die Frage nach den Wirkungen des Verhältnisses von Mortifikationsschein zu Schuldschein zu folgendem Ergebnis: Das besondere Interesse, das nach der hier vertretenen Ansicht der Schuldner nachweisen muss, um auch nach Empfang des Mortifikationsscheines wieder in den Besitz des Schuldscheines zu kommen, kann dreifacher Art sein:

1. Es ist begründet durch das Rechtsverhältnis, auf das der Schuldschein Bezug nimmt. Das wäre der zuletzt besprochene Fall und ungezählte ähnliche.

2. Es besteht der begründete Verdacht, dass der ehemalige Gläubiger irgendwie zum Schaden des ehemaligen Schuldners noch nachträglich vom Schuldscheine Gebrauch

machen wird (dies ist eine freilich nur sehr äusserliche Annäherung an die Schollmeyer'sche Ansicht s. oben). Bei der hier zu Grunde gelegten Auffassung muss die Berechtigung eines solchen Verdachtes für den einzelnen Fall besonders bewiesen werden (s. oben).

3. Es liegt ein blosses Interesse an der Urkunde, also am Papiere, vor. Gerade für diesen Fall, den die Anhänger der anderen Theorien, nicht immer glücklich, durch Anwendung der Vorschriften über die Spezifikation lösen wollen, ist unsere Lösung die einfachste. Hat z. B., um wieder den am häufigsten zitierten Fall zu erwähnen, A auf die Rückseite einer dem B gehörigen Skizze sein Schuldbekenntnis geschrieben, so ist es nach der hier vertretenen Auffassung ganz selbstverständlich, dass er nie einen rechtlichen Anspruch auf Auslieferung des Schuldscheines erheben kann, weil eben sein Interesse nicht schutzwürdig ist. Hat er es dagegen auf die Rückseite einer ihm selbst gehörigen Skizze geschrieben und sich trotzdem keinen Eigentumsvorbehalt ausbedungen, so muss B gemäss § 952 Eigentum an dem Schuldschein erwerben, A aber kann ihn nach Erlöschen des Schuldverhältnisses trotz Empfangnahme eines Mortifikationsscheines mit der Klage aus § 371 Abs. 1 zurückverlangen. Diese Entscheidung ist nicht unbillig. Denn A wird trotz des Leichtsinnes, der in seinem Verhalten liegt, dadurch vor allzu grossem Schaden bewahrt, dass B, wenn er etwa während seines Eigentums an dem Scheine die Rückgabeunmöglichkeit verschuldet hätte, schadensersatzpflichtig geworden wäre. Zwar haftet er nicht in allen Fällen von Verschuldung, kann also z. B. nicht haftbar gemacht werden nach § 823 Abs. 2 wegen eines Verstosses gegen das den Schutz eines anderen bezweckende Gesetz, nämlich den § 371 Abs. 1, weil richtiger Ansicht nach Forderungsrechte nicht unter den Abs. 2 des § 823 fallen. Aber in allen krass liegenden Fällen wenigstens macht er sich nach § 826 B.G.B. schadensersatzpflichtig.

So ergibt sich endgültig der Schluss: der Schuldner der Geldschuld kann von dem Gläubiger derselben die Rück-

gabe des Schuldscheines nach § 371 Abs. 1 verlangen, wenn er ein besonderes schutzwürdiges Interesse an der Rückgabe nachweist, dem nicht ein aus der Ueberzeugung des Richters für schutzwürdiger angesehenes Interesse des Gläubigers an der Zurückbehaltung entgegensteht

Kann er ein solches Interesse nicht nachweisen, so stellt sich nach Erhalt des Mortifikationsscheines sein Verlangen regelmässig als Chikane dar, und jeder Anspruch aus § 371 Abs. 1 ist durch die ausdrückliche Bestimmung des § 226 ausgeschlossen. Erwähnt möge noch werden, dass jetzt nach Tilgung der Schuld der „Schuldschein" nur noch für den Anspruch des § 371 Abs. 1 als vorhanden gilt, im übrigen aber jetzt nur als beschriebenes Blatt Papier, bezw. als Skizze, als Autogramm usw. anzusehen ist.

In dem soeben Gesagten liegt auch der Beweis für die oben (§ 2) aufgestellte Behauptung, dass das Eigentum des Gläubigers am Schuldscheine während des Bestehens des Schuldverhältnisses in den meisten Fällen ein unbeschränktes ist, und dass man es nur in denjenigen als mit der Verpflichtung zur Rückgabe belastet anzusehen hat, in denen der Schuldner den Nachweis eines besonderen rechtlichen und schutzwürdigen Interesses an der Rückgabe des Schuldscheines erbringt. Genaueres ist in dem angegebenen Paragraphen enthalten.

§ 12.

2) Ansprüche auf Rückgabe des Schuldscheines wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

Es wurde bereits oben — vgl. § 5 — bei der Erörterung der Begründungsarten, deren der einen dinglichen Anspruch am Schuldscheine geltend machende Schuldner sich bedienen könnte, bemerkt, dass in diesem Falle die ganze Bestimmung des § 371 S. 1 wohl nur zum leichteren Verständnis für den Laien geschaffen sein müsste, da sonst der Eigentumsanspruch aus § 985 völlig genüge, um dem Schuldner nach Beendigung der Schuld die Rückgabe des Schuldscheines zu verschaffen,

und der Spezialanspruch aus § 371 S. 1 wäre dann höchstens für den Ausnahmefall notwendig, wenn der Gläubiger auch vor Entstehung des Schuldverhältnisses Eigentümer des Schuldscheines war, also etwa dadurch, dass er denselben fix und fertig ausstellte und der Schuldner nur seinen Namenszug darunter setzte. In diesem Falle sprächen nämlich auch die allgemeinen Vorschriften über Spezifikation (§ 950 B.G.B. für das Eigentumsrecht des Gläubigers an dem beschriebenen Papiere[1]).

Es darf nun nicht verkannt werden, dass, auch wenn man zu der Erkenntnis kommt, der § 371 S. 1 B.G.B. gewähre nur einen obligatorischen Anspruch, doch eine ganz ähnliche Erwägung auftaucht, eine Folgerung, die bisher die einschlägige Literatur nicht recht zu ziehen gewagt hat. Man wird nämlich für den Normalfall, also für den Fall, dass der Schuldner den Schuldschein ausstellt, sagen müssen, dass nach Tilgung der Schuld der Schuldner den Schuldschein auch aus ganz allgemeinen Gesichtspunkten zurückfordern kann, nämlich indem er ihn auf Grund des § 812 Abs. 1 B.G.B. in Verbindung mit dem Abs. 2 kondiziert, da der rechtliche Grund, aus dem der Gläubiger den Schuldschein erhalten hat, durch Tilgung der Schuld später weggefallen ist. Es liegt also kein Grund vor zu bezweifeln, dass in den weitaus meisten Fällen dem Schuldner nach Erlöschen des Schuldverhältnisses zwei Ansprüche, die des § 812 und die des § 371 S. 1 B.G.B., zwecks Wiedererlangung des Schuldscheines zur Verfügung stehen und das die Bestimmung des § 371 S. 1 B.G.B. tatsächlich nur für den oben erwähnten Ausnahmefall oder der Deutlichkeit wegen

---

[1]) Noch deutlicher wäre der Tatbestand, wenn der Schuldner zunächst auf ein dem Gläubiger gehöriges Stück Papier nur seinen Namen setzte, und der Gläubiger dann erst, der Vereinbarung mit dem Schuldner entsprechend, alles weitere, insbesondere auch die Schuldsumme, auf diesem vermerkte. — Allerdings könnte man ja, wenn man einmal Anhänger der Rück- (hier: An-)fallstheorie wäre, geltend machen, dass auch dieses Eigentum im Augenblicke der Schuldtilgung den ehemaligen Schuldner anfiele.

notwendig ist. Ob dann diese Bestimmung selbst einen kondiktionsähnlichen Anspruch in sich enthält[1]) oder nur einen Bekundungsanspruch[2]), ist eine rechtsphilosophische Frage, deren Entscheidung — gerade heraus sei es gesagt — im wesentlichen von dem Geschmack des betreffenden Kritikers abhängt und für die Praxis keine Bedeutung hat. Wichtig aber ist folgende Prüfung: Es ist gezeigt worden, dass das Vorhandensein eines Mortifikationsscheines im Allgemeinen die Klage des Schuldners aus § 371 S. 1 auf Rückgabe des Schuldscheines ausschliesst, wenn es ihm nicht gelingt, ein besonderes schutzwürdiges Interesse auf Rückgabe des Schuldscheines nachzuweisen. Wäre dann vielleicht dem Schuldner durch die Bestimmung des § 812 zu helfen? Könnte er nicht geltend machen, dass in jedem Falle der rechtliche Grund, aus dem der Gläubiger den Schuldschein erlangt hatte durch Tilgung der Schuld später weggefallen und er, der Schuldner, infolgedessen berechtigt ist, nach § 812 Abs. 1 und 1 den Schuldschein herauszuverlangen. Dem ist entgegenzuhalten: Selbst wenn man, wie dies hier geschieht, sich auf den Standpunkt stellt[3]), dass der Schuldner im Regelfalle neben dem Anspruche aus § 371 S. 1 noch den aus § 812 habe, so ist doch für den Fall, dass ein Mortifikationsschein vorhanden ist, der Anspruch aus § 812 B.G.B. auf Rückgabe des Schuldscheines aus allgemeinen rechtslogischen Gründen abzuweisen. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über ungerechtfertigte Bereicherung sind gegeben, um eine Bereicherung des einen Teiles auf Kosten des anderen dann wieder aufzuheben, wenn die übrigen rechtlichen Bestimmungen ein Rückforderungsrecht nicht besonders statuieren, das allgemeine Rechtsempfinden aber ein solches für wünschenswert hält. Dies kann aber im vorliegenden Falle nicht angenommen werden, denn der Gläubiger ist nach Ausstellung des

[1]) So Oertmann a. a. O., Anm. 3 zu § 371.
[2]) So Reichel, die Schuldmitübernahme 1906, S. 478.
[3]) Auch Oertmann scheint dies anzunehmen.

Mortifikationsscheines durch Besitz der Schuldurkunde gar nicht mehr bereichert[1]). Wäre der Mortifikationsschein nicht ausgestellt, so wäre wenigstens insofern von einer Bereicherung zu sprechen, als der Gläubiger um ein ihm nicht gebührendes Beweismittel für den Fall nochmaliger Geltendmachung der Forderung bereichert wäre. Hier aber ist auch dies nicht der Fall, und es kann dementsprechend auch von einem Anspruche aus dem Gesichtspunkte ungerechtfertigter Bereicherung nicht die Rede sein.

Von einem krassen Ausnahmefalle, wo trotz Bestehens einer äusserlich dem Mortifikationsscheine gleichenden Urkunde konkurrierend die Klagen aus §§ 812 und 817 B.G.B. zulässig waren, wurde oben gesprochen (s. o. § 6).

Ergebnis.

§ 13.

Die Ergebnisse der angestellten Untersuchungen.

Die bisher angestellten Untersuchungen ergeben mithin folgendes[2]):

1. Das dem Gläubiger der Geldschuld nach § 952 B.G.B. während des Bestehens des Schuldverhältnisses zustehende Eigentum an dem Schuldschein besteht auch nach Tilgung der Schuld fort. Der ehemalige Schuldner kann jedoch Uebertragung dieses Eigentums auf Grund des § 371, S. 1, B.G.B. verlangen. Daneben steht, wenn er selbst den Schuldschein ausgestellt hat, der Anspruch aus § 812 B.G.B.

---

[1]) Unnötig zu sagen, dass die Entscheidung anders lautet, wenn der Schuldschein nicht ein gewöhnliches beschriebenes Blatt Papier ist, sondern einen durch den Mortifikationsschein nicht kompensierbaren höheren Sachwert hat.

[2]) Man vergleiche diese Ergebnisse z. B. mit den von Wellmann gewonnenen cf. Wellmann a. a. O, S. 82 f.

2. Dingliche Ansprüche des Schuldners auf Rückgabe des Schuldscheines, insbesondere der Anspruch aus § 985 B.G.B., sind nur zulässig, wenn das zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Rechtsgeschäft, auf das sich der Schuldschein bezog, nichtig war oder wurde. Im Falle einer sog. naturalis obligato gilt § 371.

3. Behauptet der Gläubiger zur Rückgabe des Schuldscheines ausser stande zu sein und bietet er gleichzeitig die Ausstellung eines Mortifikationsscheines an, so muss sich der Schuldner mit diesem begnügen. Ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich seiner Leistung steht ihm nicht zu.

4. Das Vorhandensein eines Mortifikationsscheines schliesst den Anspruch auf Rückgabe des — später etwa wieder zum Vorscheine gekommenen — Schuldscheines aus, wenn dieser Anspruch aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung des Gläubigers erhoben wird.

5. Die Ergebnisse zu 3. und 4. gelten nicht, wenn es sich um keinen gewöhnlichen Schuldschein handelt, vielmehr dieser einen durch den Mortifikationsschein nicht kompensierbaren Sachwert besitzt.

6. Das Vorhandensein eines Mortifikationsscheines schliesst auch die Forderung aus § 371, S. 1 B.G.B. aus, es sei denn, dass der Schuldner ein besonderes schutzwürdiges rechtliches Interesse an der Rückgabe des Schuldscheines nachweist.

Wie man aus diesen Ergebnissen sieht, misst die vorliegende Arbeit dem Mortifikationsssheine eine derartige Bedeutung bei, dass sie für den Regelfall, es als gleichgültig betrachtet, ob der Schuldner nach Tilgung der Schuld wieder in den Besitz seines Schuldscheines oder in den eines Mortifikationsscheines gelangt. Dies führt sofort noch zu einem — dem 7. — Ergebnis: Sieht man den Anspruch aus § 371, S. 1 B.G.B. als einen obligatorischen an, so muss man auch das dem Gläubiger nach § 952 B.G.B. während des Bestehens des Schuldverhältnisses an dem Schuldscheine zustehende Eigentum für den Regelfall als ein unbeschränktes ansehen, wie dies oben in § 2 ausgeführt worden ist. Der Schuldner

konnte auch mithin dasselbe freiwillig an einen dritten übertragen. Auch im übrigen kann ein dritter Eigentum an dem Schuldscheine erlangen, sei es dass er ihn, um nur die wichtigsten Fälle anzuführen, spezifiziert, indem er z. B. die oft erwähnte Skizze auf der Rückseite entwirft, sei es dass er ihn gutgläubig etwa von jemandem, dem ihn der Gläubiger geliehen hat, als Autogramm erwirbt[1][2]). In all diesen Fällen braucht die Rückgabe des Schuldscheines dem Gläubiger gar nicht unmöglich zu sein, sie ist ihm nur vielleicht erschwert, er müsste etwa den Schuldschein dem dritten abkaufen. Auch in diesen Fällen wird man für die Regel, wenn der Gläubiger die Ausstellung des Mortifikationsscheines anbietet, die Forderung des Schuldners auf Rückgabe des Schuldscheines als chikanös anzusehen und sie daher abzuweisen haben. Um hierfür zum Schluss durch eine der vom Verfasser beliebten grammatischen Interpretationen einen Beweis zu erbringen. Das Gesetz sagt absichtlich nicht: „Behauptet der Gläubiger, dass ihm die Rückgabe des Schuldscheines unmöglich ist" sondern „Behauptet der Gläubiger zur Rückgabe ausser Stande zu sein". „Ausser Stande sein" aber braucht u. E. nichts anderes zu bedeuten, als dass dem Betreffenden gegenwärtig nicht zugemutet werden kann, zu leisten. So scheint auch die grammatische Interpretation die hier vertretene Ansicht zu unterstützen, dass für den Regelfall der Schuldner durch Erhalt des Mortifikationsscheines ebenso befriedigt wird wie durch Rückgabe des Schuldscheines, dass er insbesondere auch dann nur die Ausstellung des Mortifikationsscheines fordern kann, wenn ein Dritter Eigentum an dem eigentlich nach § 952 B.G.B. dem Gläubiger gehörenden Schuldscheine erlangt hat.

[1]) In diesem von Poeschel (a. a. O., S. 36) entlehnten Falle hält dieser einen Eigentumserwerb seitens eines dritten als eine Durchbrechung des Grundprinzips des § 952 für nicht denkbar. Dem ist nicht beizutreten. Poeschels Ansicht würde die Durchbrechung eines viel wichtiger „Grundprinzips", nämlich die des § 932, bedeuten.

[2]) Noch andere interessante Fälle bei Poeschel a. a. O., im Kapitel: „das Eigentum am Schuldschein nach § 952 im Widerstreit mit anderen Eigentumserwerbsgründen" S. 31ff.

Lebenslauf.

Am 23. September 1889 bin ich, Erich Loewe, in Breslau geboren. Ich bin Sohn des Kaufmann Ludwig Loewe und seiner Ehefrau Jenny, geb. Walzer. Ich bin preussischer Staatsangehörigkeit und jüdischer Religion. Meine Schulbildung erhielt ich auf dem Kgl. König-Wilhelm Gymnasium zu Breslau, bezw. auf der Vorschule desselben. Auf diesem Gymnasium bestand ich am 14. März 1908 die Reifeprüfung. Nach bestandener Prüfung widmete ich mich sechs Semester dem Studium der Rechtswissenschaft auf den Universitäten Freiburg, München und Breslau. Am 15. Dezember 1911 bestand ich vor der Prüfungskommission am Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikate „gut“ und am 12 Januar 1912 vor der Hohen Juristischen Fakultät der Kgl. Universität zu Breslau das examen rigorosum. Vom 20. Januar bis 19. Oktober 1912 war ich bei dem Kgl. Amtsgericht in Katscher, seit dieser Zeit bin ich bei dem Kgl. Landsgericht in Breslau als Referendar beschäftigt.